

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DU RÉFÉRÉ
DANS LES AFFAIRES
de la compétence des Tribunaux de commerce

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 2 Juin 1919, à 1 h. 1/2.

PAR

P. DUAULT

Président : MM. CARPENTIER, *Professeur*.
Suffragants : { PERCEROU, *Professeur*.
 DEMOGUE, *Professeur*.

SAINT-BRIEUC

IMPRIMERIE FRANCISQUE GUYON, LIBRAIRE-ÉDITEUR

Rues Saint-Gilles, 4, et de la Préfecture, 18

1919

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.**

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DU RÉFÉRÉ
DANS LES AFFAIRES
de la compétence des Tribunaux de commerce

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 2 Juin 1919, à 1 h. 1/2.

PAR

P. DUAULT



Président : MM. CARPENTIER, *Professeur*.
Suffragants : { PERCEROU, *Professeur*.
 DEMOGUE, *Professeur*.

SAINT-BRIEUC

IMPRIMERIE FRANCISQUE GUYON, LIBRAIRE-ÉDITEUR

Rues Saint-Gilles, 4, et de la Préfecture, 18

1919

A LA MÉMOIRE DE MON FRÈRE

Le sous-lieutenant Maurice DUAULT

glorieusement tombé devant Verdun le 17 septembre 1917

INTRODUCTION

Sans rechercher ici les origines historiques de la procédure des référés, qu'elle soit une persistance perfectionnée de l'ancienne clameur de haro (1) usitée en Normandie, qu'elle soit une dérivation de la procédure sommaire et un progrès plus accentué vers cette simplification judiciaire que les réformateurs appellent de leurs vœux, qu'elle soit au contraire une institution originale spéciale à la Prévôté de Paris et consacrée par l'Ordonnance de 1685 avec ses règles particulières et sa nature juridique très spéciale, il faut convenir qu'elle est parfaitement adaptée aux besoins pratiques et que les applications de plus en plus nombreuses qui en sont faites en sont la meilleure justification.

Dans son rapport adressé au Conseil d'Etat, l'orateur du gouvernement, Réal, saluait déjà en termes enthousiastes les heureux résultats de cette procédure dont il demandait la consécration par notre Code civil. Depuis lors, elle a pris une extension surprenante, à Paris, en particulier, qui fut son berceau, et cela, grâce à l'initiative de certains magistrats parmi

(1) Glasson, *Clameur de haro*.

lesquels une place toute spéciale doit être faite à de Belleyrne qui, tout en se conformant à une analyse juridique très rigoureuse des articles 806 et 807 qui instituaient cette procédure, sut en varier à l'infini les applications pratiques et lui donner son maximum d'élasticité. D'ailleurs, le secret de ces extensions n'a pas été perdu avec de Belleyrne. Aubépin, Beaudouin, Ditte se sont fait également un nom en cette matière et les présidents actuels de nos tribunaux, qui exercent les délicates fonctions de juge de référés, continuent, grâce à l'appui qu'ils trouvent dans les arrêts de la Cour de cassation consacrant parfois leurs initiatives les plus audacieuses (1), à profiter de l'imprécision voulue des art. 806 et 807 du C. de proc. civ. pour arriver à la formation d'un véritable droit prétorien.

En effet, en dehors des difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire pour lesquelles il existe un critérium plus facile que faut-il entendre par urgence et par décision ayant un caractère provisoire ? Ce sont là deux notions très imprécises par elles-mêmes et en lesquelles se résout en définitive toute analyse juridique du référé. C'est pour les juges une question d'interprétation personnelle et on ne peut que les féliciter d'avoir fait preuve en cette matière

(1) Cour de cassation, 28 août 1857 ; Dalloz, 1878, 1, 213 : « Attendu qu'aucune disposition de la loi ne s'oppose à ce que le juge du fond prenne pour base de sa décision une expertise présente par le juge des référés. »

d'une grande liberté et parfois même d'une certaine ingéniosité rappelant par certains traits les fictions des préteurs Romains.

Ce mot « urgence », par exemple, peut soutenir toute une gamme de nuances depuis l'extrême urgence jusqu'à la célérité en passant par l'urgence simple et l'extrême célérité. En principe, chacune de ces nuances a sa ligne séparative et sa procédure appropriée : mais qui la déterminera ? Les juges des référés se sont donc emparés de ce mot infiniment souple, et, en atténuant la rigueur de sa signification première, ils ont fait entrer sous sa rubrique des cas toujours plus nombreux et variés. A Paris, en particulier, où le rôle des tribunaux est encombré plus que jamais par suite de l'intensité des transactions et de l'application des nouvelles lois sociales, ce mot a perdu toute signification objective et l'on conçoit fort bien qu'en l'absence de tout péril en la demeure, il soit nécessaire pour un tribunal d'expédier rapidement en les colorant d'urgence, certaines contestations qui, si elles étaient jugées en la forme ordinaire, apporteraient un retard et un encombrement considérables dans une marche judiciaire déjà trop lente. La Chambre des référés devient ainsi, si l'on peut risquer cette comparaison, une sorte de déversoir destiné, sous certaines conditions, à recevoir le trop plein des tribunaux et où, suivant l'expression déjà vraie de Réal s'appliquant au Prévôt de Paris, « il se juge

plus d'affaires en un jour qu'en un an devant certains tribunaux ».

Mais si l'interprétation du mot « urgence », très imprécis par lui-même, est un merveilleux instrument d'extension pratique du référé, il semble, au contraire, que le qualificatif de « provisoire » qui, comme lui, concourt à la notion juridique du référé, ait, au contraire, une influence restrictive. Une première analyse de ce terme provisoire laisse entendre qu'il s'agit de quelque chose de temporaire et de momentané, n'engageant aucunement le fond, ne pouvant créer, en aucun cas, une situation définitive. Dans la pratique judiciaire actuelle, il est loin d'en être ainsi. En effet, on ne saurait concevoir deux juridictions, l'une, celle des référés, statuant au provisoire, l'autre, celle du tribunal, statuant sur le fond, exerçant parallèlement sur un même objet sans jamais réagir l'une sur l'autre et sans jamais se rencontrer. Ce serait refuser toute utilité au référé. Ce qu'on entend en disant que le juge des référés ne peut ordonner que des mesures provisoires ; c'est que le juge du principal n'est jamais tenu de se considérer comme lié par la décision rendue en référé, c'est qu'il n'y a pas chose jugée par rapport à lui. Le mot provisoire, dans cette nouvelle interprétation, garde bien sa signification juridique, mais il perd singulièrement de son sens réel et pratique.

Il est un cas certain, par exemple, où l'ordonnance

du référé crée une situation définitive : c'est lorsque les parties s'en rapportent à cette ordonnance et ne portent pas leur contestation devant le juge du fond. C'est d'ailleurs ainsi que l'entendait Réal quand il disait : « Vous désirez que pour le bonheur des justiciables, les jugements sur référés soient dans les départements ce qu'ils sont aujourd'hui dans la capitale, c'est-à-dire l'extinction totale et définitive d'une immense quantité de contestations qui, aux yeux de la loi, ne sont jugées que provisoirement. » On peut dire que les parties complètent ici l'œuvre de la loi en donnant par leur accord un caractère définitif à une décision en principe provisoire.

Mais à supposer même que les contestants, ne se considérant pas comme liés par l'ordonnance du référé, portent leur désaccord devant le juge du fond, peut-on prétendre que, dans aucun cas, la décision du juge du référé, toute provisoire qu'elle soit au point de vue juridique, n'ait en pratique aucun effet définitif ? Non, assurément. Souvent, en effet, l'interprétation du juge des référés empêchera de remettre les choses dans leur état primitif et personne ne contestera, par exemple, que la mainlevée d'opposition, qui autorise celui à qui elle est donnée par le juge à toucher des sommes d'argent jusqu'alors indisponibles, ne crée pas une situation modificative au fond de l'ancienne et produisant des effets catégoriques, puisqu'en admettant même que plus tard le juge du fond réforme

l'ordonnance du référé, les oppositions qu'il pourra rétablir n'auront plus aucune efficacité si, profitant de leur levée, celui entre les mains duquel elles auraient été faites, a dépensé les sommes qui en faisaient l'objet. On pourrait multiplier les exemples de ce genre : l'expulsion d'un locataire, un règlement de funérailles, l'ordonnance de surseoir ou passer outre à des poursuites.

Bien plus, des lois récentes ont consacré certains résultats qui semblent exorbitants, tant la notion du provisoire qui caractérise en principe les ordonnances de référé semble en être absente, car, comment interpréter cette loi du 17 juillet 1907, autorisant le juge des référés à limiter une saisie-arrêt et créant un véritable privilège du premier saisissant sinon comme l'intention nettement manifestée par le législateur, devant certaines nécessités pratiques, d'accorder au principal une véritable juridiction au juge des référés.

La jurisprudence, d'ailleurs, se montre également bienveillante pour le juge des référés, et la Cour de cassation n'a pas hésité dans un arrêt du 28 août 1858 à autoriser le juge du fond à prendre pour base de sa décision une expertise prescrite par le juge des référés et à unir ainsi, dans une étroite collaboration, le juge des référés et le juge principal en augmentant les attributions de celui-là en vue d'une simplification de procédure.

Il est impossible de chercher à préciser actuelle-

ment tous les cas qui peuvent être soumis au juge des référés. Le tableau dressé par de Belleyme et qui, aux environs de 1830, passait pour la détermination la plus étendue de la sphère d'application de cette procédure, serait actuellement insuffisant par suite de nouvelles nécessités pratiques que cette juridiction consacre en élargissant un peu l'esprit de sa formule. Sous ce rapport, on peut dire que les expertises, dont le nombre s'accroît journellement par suite de l'extension des assurances, donne à cette procédure un développement considérable.

D'ailleurs, en face de tels progrès, il a semblé à des esprits avertis qu'on pourrait, en modifiant le caractère provisoire des ordonnances de référé, arriver à créer progressivement une procédure simplifiée que les partis pourraient adopter d'un commun accord et qui produirait vis-à-vis d'elles des effets définitifs. C'est le sens du projet Cruppi déposé sur les bureaux de la Chambre des députés le 7 novembre 1911 et tendant à substituer le principe du juge unique et de la procédure simplifiée à celui de la collégialité et de la procédure traditionnelle.

Sans entrer ici dans la discussion de ce projet, on peut conclure qu'il jette un jour tout particulier sur la procédure du référé dans lequel il cherche une base de transformation judiciaire.

Dès lors, comment en face d'une procédure dont les juges s'ingénient à varier les applications, dont le

législateur cherche à utiliser l'étonnant développement, ne pas penser à faire bénéficier les matières commerciales des simplifications qu'elle apporte ? Y a-t-il quelque raison historique ou quelque principe juridique rigoureux qui s'oppose à l'application en pareille matière d'une procédure dont l'intérêt pratique est incontestable ? Nous nous proposons d'étudier ici cette question et de déterminer ensuite lequel du juge civil ou du juge commercial devrait être chargé de cette juridiction des plus délicates.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

NÉCESSITÉ PRATIQUE D'UN RÉFÉRÉ EN MATIÈRE COMMERCIALE

La tradition nous apprend que Charles IX « étant
« un jour entré dans la lanterne de la grand'chambre
« du Parlement à Paris fut sensiblement touché d'en-
« tendre prononcer et mettre hors de cour et de procez
« sans dépens deux marchands qui avaient plaidé
« depuis plus de douze ans, après avoir essuyé tous
« les degrés de juridiction » (1) et qu'il résolut de généraliser les juridictions consulaires déjà établies dans certaines villes telles que Riom, Clermont et Thiers. Sans vouloir contrôler ici l'exactitude historique de cette anecdote et saisir dans le petit fait qu'elle relate le point de départ d'une innovation aussi importante que celle des tribunaux consulaires, il est intéressant d'en retenir le sens symbolique.

Ce fut, en effet, dans une idée de simplification et de rapidité que furent créés les tribunaux de commerce et l'édit de 1563 portant établissement de cette juridiction à Paris l'indique nettement dans son titre :
« portant établissement de la juridiction consulaire

(1) Toubeau, *Institutes de droit consulaire*, p. 9.

« pour le bien public et abréviation de tout procès et
« différends entre marchands qui doivent négocier en
« public de bonne foi sans être astreints aux subtilités
« des lois et ordonnances pour faits de marchandises
« seulement » (1).

Quoi d'ailleurs de plus légitime que cette consécration législative d'une nécessité pratique à laquelle l'institution des grandes foires avait apporté une première satisfaction ? Un particulier accomplit assez rarement des actes juridiques et l'on comprend facilement que les contestations, qui peuvent naître de l'interprétation de ces actes ou de leur exécution, soient soumises à toutes les formalités jugées utiles par le législateur à une bonne administration de la justice.

Mais exiger d'un commerçant, dont toutes les manifestations de l'activité professionnelle sont des actes juridiques susceptibles d'entraîner un procès, qu'il se soumette sous prétexte d'une plus grande garantie, à des formalités judiciaires aussi longues et aussi coûteuses que celles de la procédure civile ; c'est évidemment entraver dans une certaine mesure le libre exercice de sa profession. Mieux vaut pour lui en pratique obtenir une solution prompte et peu coûteuse, fût-elle parfois erronée, que d'attendre très longtemps en courant les risques de gros frais la consécration de son bon droit avec toutes les garanties possibles.

(1) Edit de 1563 rendu par le roi Charles IX, sous le ministère du chancelier Michel de L'Hopital.

Cette nécessité d'une procédure simple et rapide en matière commerciale étant démontrée, aussi bien par les motifs qui ont présidé à son institution que par la pratique journalière, il s'opère fatalement dans l'esprit de quiconque s'arrête à l'étude d'une procédure simplifiée un rapprochement entre cette procédure sommaire particulière aux matières commerciales et la procédure des référés, procédant comme elle d'une idée d'urgence et d'un besoin de rapidité ; si bien qu'on a été tenté de voir dans l'une la continuation naturelle et le perfectionnement de l'autre (1). Mais pour se rendre compte si réellement la procédure des référés constitue un progrès sur la procédure commerciale, si elle répond à des nécessités auxquelles celle-ci ne donne pas satisfaction, il est nécessaire d'étudier l'étendue des simplifications apportées d'une façon générale par le législateur aux matières d'ordre commercial, les solutions qu'il a données à certains cas spéciaux prévus par lui, les dispositions édictées pour faire face à certains cas d'urgence plus fréquents en matière commerciale qu'en tout autre matière.

Procédure simplifiée en matière commerciale.

Si l'on étudie les dispositions qui constituent la pratique courante de la procédure commerciale, il est facile de se rendre compte que le législateur, dans un

(1) Arthus, *Juridiction des référés*, 114-120.

souci de célérité, a encore simplifié les règles de la procédure sommaire qui était elle-même une simplification de la procédure civile ordinaire. Il a donc créé au profit des affaires commerciales une procédure simplifiée au 2^e degré, dont il est facile de juger de l'importance par une analyse sommaire de quelques articles qui la règlent.

En dehors du préliminaire de conciliation dont la dispense est accordée, sans qu'il soit nécessaire de solliciter une autorisation du président du tribunal, l'article 414 de procédure civile, en supprimant le ministère obligatoire des avoués, a écarté en même temps toutes les formalités qui supposent l'intervention de cet officier ministériel et qui sont une source de frais considérables en matière civile. Les constitutions, avenir, et même les conclusions écrites disparaissent par le fait même, transformant en procédure presque entièrement orale la procédure écrite et traditionnelle. Les parties, en comparaisant personnellement ou par mandataires et en donnant au tribunal les éclaircissements dont il a besoin, augmentent encore la rapidité d'une instance que retarde ordinairement l'interrogatoire sur faits et articles.

L'ajournement au lieu d'être fait à trois jours francs comme dans les affaires civiles peut être fait à un jour franc, conformément aux dispositions de l'article 416, C. pr. civ. Il est évident que les délais de distance doivent être observés, car, c'est une condition

essentielle des délais francs ; mais l'article 422 corrige en partie cet inconvénient tout au moins en ce qui concerne la délivrance des actes en cours d'instance, en obligeant les parties non domiciliées dans le ressort du tribunal à y faire une élection de domicile et en interprétant leur silence sur ce point comme l'intention de faire au greffe du tribunal cette élection exigée. De cette façon, les actes déposés au greffe sont censés portés à la connaissance des intéressés, qui ne sont pas admis à les méconnaître. Enfin, il n'y a pas lieu à communication au ministère public.

Toujours dans un but de simplification, le tribunal de commerce nomme d'office les experts à moins que les parties n'en conviennent à l'audience. Il n'est pas nécessaire de leur réserver, comme en matière civile, le droit d'en choisir d'autres dans les trois jours de la signification du jugement.

L'article 425 consacre une dérogation assez importante aux règles ordinaires de la procédure que seule peut justifier le souci d'apporter une solution prompte à un litige entre commerçants. En matière civile, en effet, quand au cours d'un procès l'incompétence du tribunal est soulevée par l'une des parties, celui-ci doit statuer sur la question de compétence avant de rendre un jugement sur le fond ; il y a là une véritable question préjudicielle. En matière commerciale, un besoin prédominant de célérité a fait abandonner cet ordre logique et rationnel. Le tribunal de commerce

peut surseoir à statuer sur l'incompétence jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le fond. Il peut également statuer par le même jugement sur les deux questions des deux chefs distincts. Ce fléchissement des principes élémentaires de procédure se justifie pratiquement si l'on examine combien il est parfois délicat de déterminer, en dehors de certains cas précis, si un acte a un caractère civil ou commercial. Profitant de cette ambiguïté, un des plaideurs, uniquement soucieux de gagner du temps et de fatiguer son adversaire, en provoquant des incidents de procédure, se laisserait poursuivre devant le tribunal de commerce et lorsqu'il se verrait sur le point d'être condamné, il soulèverait l'exception d'incompétence. L'article 425 a précisément pour objet de déjouer cette fraude.

En ce qui concerne les jugements rendus par défaut, l'art. 435 du Code de procédure dispose qu'ils seront exécutoires un jour après la signification faite par huissier commis, alors qu'en matière civile, il faut attendre huit jours avant l'exécution ; et l'article 436 édicte que l'opposition ne sera plus recevable après la huitaine du jour de la signification, tandis que l'article 458, s'appliquant aux matières civiles, reconnaît à la partie qui n'a pas constitué avoué, le droit de faire opposition jusqu'à l'exécution du jugement.

En ce qui concerne la compétence « *ratione loci* », le législateur a également tenu compte de certaines nécessités pratiques, et, par l'article 420, il a donné au

demandeur la faculté d'assigner à son choix le défendeur devant trois tribunaux également compétents :

1° Celui du domicile du défendeur, conformément à la règle générale « *actor sequitur forum rei* » ;

2° Celui dans l'arrondissement duquel le paiement devrait être effectué ;

3° Celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée. La déclaration de 1565 avait déterminé, dans ce dernier cas, la compétence du tribunal d'après le lieu du contrat, c'est-à-dire le lieu où la marchandise avait été vendue ou achetée et promise livrer ; l'Ordonnance de 1673 exigea la réunion des deux conditions actuellement contenues dans l'article 420.

On voit tout l'avantage qui résulte de ces dispositions et de l'élargissement de cette formule « *actor sequitur forum rei* » qui, en matière ordinaire, est une source de frais et de lenteurs. Il est fort probable qu'en usant de cette triple faculté qui lui est laissée d'assigner son adversaire devant trois tribunaux différents, le demandeur n'aura pas à se déplacer ni à faire une élection de domicile.

Il est facile de se rendre compte par ce rapide aperçu de l'étendue des simplifications apportées à la procédure ordinaire et des facilités ouvertes aux commerçants pour faire reconnaître leur droit en justice. Faut-il en conclure qu'une telle procédure, débarrassée de certaines complications qui retardent

le cours de la procédure ordinaire, soit suffisante pour donner une solution rapide à toutes les exigences de la pratique et rendre inutile la procédure du référé ? Non, assurément. Le législateur, en instituant cette procédure, a simplement établi des règles générales applicables à tous les faits de commerce envisagés « *in abstracto* » et correspondant à ce besoin de célérité qui est une condition des affaires commerciales. Quand il s'agit de la procédure civile, la loi fait une distinction entre les matières urgentes et celles qui requièrent célérité ; elle s'est contentée dans les articles 72 et 404. C. proc. civile :

1° De dispenser les parties du préliminaire de conciliation ;

2° D'autoriser l'assignation à bref délai avec permission du président ;

3° De substituer la procédure sommaire à la procédure ordinaire pour les matières réquerant célérité.

Or, comme nous venons de le voir, la procédure commerciale n'est autre que l'application encore simplifiée de cette procédure sommaire aux affaires commerciales, envisagées par le législateur comme réquerant toujours célérité. Mais, il n'y a dans cette procédure courante et normale des affaires commerciales rien qui réponde à la notion d'urgence spéciale à certains cas particuliers, définis par cette formule de M^e Garsonnet « l'urgence est la nécessité qui ne souffre aucun retard. »

Pour donner à ces cas urgents la solution rapide et parfois presque instantanée qu'ils exigent, le président du tribunal civil trouve dans sa fonction de juge des référés des pouvoirs suffisants et appropriés. S'agit-il de cas particuliers exigeant une solution qui ne saurait être différée jusqu'au jour de l'audience du tribunal, le président, statuant à jour fixe, donne au litige qui est porté devant lui une solution provisoire que les parties pourront, par leur accord, transformer en solution définitive, en ne le portant pas devant le juge principal. Dans les cas où l'urgence a un caractère plus accentué, où, faute d'obtenir une décision immédiate certains intérêts seraient compromis, le président, aux termes de l'article 808, reproduisant les dispositions de l'ancienne Ordonnance de 1865, pourra autoriser le demandeur à assigner à son hôtel particulier, en dehors d'audience, même le dimanche où les jours fériés. L'ancienne Ordonnance de 1865 énumérait certains de ces cas dans lesquels l'urgence était absolue, sans donner à cette énumération un caractère limitatif. Le code de procédure actuel se contente de consacrer de façon générale, sans en prévoir les cas, cette possibilité de s'adresser au président du tribunal à son domicile particulier.

On voit donc par le rapprochement des articles 806 et 808 que la notion d'urgence, qui est comme une accentuation de celle de célérité est susceptible elle-même de se décomposer en urgence simple et en

extrême urgence et que le législateur, grâce à la procédure des référés, a adapté à ces deux cas une solution particulière et appropriée. Il est intéressant de se demander si, en privant les matières commerciales du bénéfice de ces deux articles, celles-ci trouvent dans l'ensemble des dispositions du code qui les régit spécialement une procédure appropriée à ces deux cas ou, en d'autres termes, si l'article 417 du Code de procédure civile rend inutile l'application des articles 806 et 808 aux affaires commerciales.

L'article 417 porte que « dans les cas qui réquerront « célérité, le président du tribunal pourra permettre « d'assigner même de jour à jour et d'heure à heure « et de saisir les effets mobiliers ». Il est nécessaire, pour bien apprécier l'importance d'une telle disposition de l'interpréter dans son acception la plus large. Il est en principe deux règles essentielles qui président à la délivrance d'une assignation. La première est qu'elle doit être faite à personne ou à domicile ; la seconde, que les délais pour comparaître en justice sur cette assignation s'augmentent d'un jour par cinq myriamètres.

Faut-il soumettre l'assignation visée par l'article 417 à ces deux règles essentielles ? Ce serait refuser à l'article qui l'institue toute portée pratique. L'assignation sera toujours dans les cas visés par l'article 417 signifiée dans l'étendue de la juridiction du tribunal, soit parce que le défendeur y réside momentanément,

soit parce qu'il s'y trouve accidentellement. Peu importe qu'il ait son domicile dans un lieu plus ou moins éloigné du tribunal, l'urgence exige le sacrifice des garanties ordinaires ; car la faculté d'assigner à heure fixe serait illusoire s'il fallait subir d'autres retards que le trait de temps nécessaire pour que la partie se transporte du lieu où elle est assignée au lieu où elle doit comparaître. Cette possibilité d'assigner le défendeur au lieu où il se trouve résulte aussi de l'analogie avec la disposition de l'article 419. que nous étudierons dans un instant et en vertu de laquelle toutes les assignations données à bord sont valables quand même elles seraient laissées entre les mains du capitaine ou d'une autre personne préposée à la direction ou à l'administration du navire. D'ailleurs, le président du tribunal, chargé de délivrer l'autorisation, examinera les difficultés pratiques que pourraient soulever dans tel cas particulier la comparution immédiate du défendeur. Son contrôle est la garantie nécessaire et suffisante de la stricte application de l'article 417.

Il est cependant un cas où l'assignation de jour à jour et d'heure à heure pourra être délivrée sans autorisation du président et ce cas est prévu par l'article 418 dans les termes suivants : « dans les affaires maritimes où il existe des parties non domiciliées et dans « celles où il s'agit d'agrès, de victuailles, équipages et « radoubs de vaisseaux prêts à mettre à la voile et « autres matières urgentes et provisoires, l'assignation

« de jour à jour et d'heure à heure pourra être donnée
« sans ordonnance et le défaut pourra être jugé sur le
« champ ».

Cette dérogation aux règles générales s'explique d'ailleurs par la condition particulière qui a toujours été faite aux affaires maritimes. L'Ordonnance de 1681 les régissant primitivement contenait dans son article 2 une disposition absolument analogue que justifient d'ailleurs complètement les nécessités pratiques. Les gens de mer en effet, s'ils restent soumis comme les autres hommes à l'observation des lois, échappent souvent en pratique par suite de leur condition de perpétuels errants aux sanctions que celles-ci édictent. Il n'y a que de rares intervalles où ils deviennent des justiciables comme le commun des hommes, c'est lorsqu'ils atterrissent, et encore, à ce moment, l'action judiciaire, avec les lenteurs qui caractérisent sa marche, peut toujours être déjouée par un départ précipité. Il importe donc d'accorder, sous peine de les rendre illusoires, une grande rapidité aux poursuites des créanciers contre des justiciables aussi difficilement saisissables.

Il faut encore considérer comme une application de la même idée cette disposition de l'article 419, en vertu de laquelle « toutes les assignations données à bord à la personne assignée seront valables ». Pour bien saisir le sens de cet article dont la rédaction grammaticale est certainement défectueuse, il faut le rapprocher de l'article 1 de l'Ordonnance de 1681 dont

il est la consécration dans notre Code et qui est ainsi conçu : « Tous exploits donnés aux maîtres et marins dans le vaisseau pendant le voyage seront valables comme s'ils étaient faits à domicile. » Il est évident que cet article 419 est une dérogation au principe général que tout exploit, pour être valable, doit être délivré à personne ou à domicile, autrement on ne comprendrait aucunement son utilité.

Dans l'étude qui vient d'être faite des articles 417 et 418, nous nous sommes appliqués à donner aux dispositions qu'ils contiennent l'interprétation la plus large et il est intéressant de voir si, ainsi compris, ils rendent en matière commerciale les mêmes services que rend l'application du référé en matière civile, et pour cela, il faut envisager les deux hypothèses prévues par les articles 806 et 808. En ce qui concerne l'extrême urgence en présence de laquelle on peut assigner son adversaire, en dehors des jours d'audience, en l'hôtel particulier du président du tribunal civil, aucune disposition analogue n'est mentionnée explicitement dans les articles du Code se rapportant à la procédure commerciale ; mais on peut admettre qu'elle est implicitement contenue dans les termes généraux de l'article 417 du Code de procédure civile. On doit reconnaître en effet que le président du tribunal de commerce peut autoriser à assigner pour une audience extraordinaire ou pour un jour férié, autrement le droit d'assigner de jour à jour et d'heure

à heure serait illusoire, surtout quand le tribunal n'a qu'une audience par semaine, comme cela arrive fréquemment en province.

Mais de ce que l'article 417 consacre cette possibilité théorique, s'ensuit-il qu'en pratique il en soit fait application? Toubeau semble l'affirmer dans ses *Institutes de droit consulaire* (1) : « Pour obliger et faciliter aux juges et conseils de donner une prompte expédition aux parties, Marquadus dit qu'ils peuvent juger hors du lieu accoutumé et du siège, pendant le jour et pendant la nuit, aux jours fériés comme aux jours plaidoyables. De sorte qu'il faut que le tribunal des juges et consuls soit toujours ouvert et ne ferme jamais non plus que le temple que les Romains avaient dédié à l'heure. Aussi, dans beaucoup de villes du royaume, les juges et consuls n'ont point de jour ni d'heure ordinaire et fixée pour siéger et pour rendre la justice ; ils le font comme en Suisse, quand on leur demande, quand les affaires naissent. » Ce témoignage est d'autant plus intéressant qu'il est le seul que nous ayons rencontré attestant ainsi l'activité des tribunaux de commerce en dehors des jours d'audience ; aussi nous semble-t-il nécessaire d'en étudier la valeur historique.

Si l'on se reporte à la dernière page des *Institutes* où Toubeau résume ses intentions et nous indique le but poursuivi dans la rédaction de son traité, nous

(1) Toubeau, *Institutes de droit consulaire*, livre I, p. 11.

lisons ce résumé très suggestif « mémoire pour faire connaître l'utilité, la facilité, la nécessité qu'il y a d'établir le commerce dans la ville de Bourges ». Nous ne sommes donc pas ici en face d'un ouvrage purement historique, se contentant de faire un relevé des habitudes judiciaires de l'époque, dans un but purement instructif. Ce traité se propose un but pratique, son auteur est guidé par une préoccupation : celle d'un prévôt des marchands qui veut établir la juridiction consulaire dans la ville de Bourges. D'ailleurs, la structure de la phrase « Marquadatus dit qu'ils peuvent siéger » indique qu'il s'agit ici beaucoup plus d'un encouragement que de la constatation d'un fait existant. Pour donner plus de force à cet encouragement, Toubeau cite Beaumanoir « esprit fort religieux faisant distinction des juridictions dans lesquelles on doit garder les vacations et s'abstenir de juger les jours de fête : ce qu'il renferme dans les juridictions ecclésiastiques. » Il invoque même l'exemple du grand Mongol qui « entre autres choses auxquelles il s'applique pour rendre les peuples heureux, leur rend la justice lui-même à toute heure du jour et de la nuit ». Toubeau nous apparaît donc dans ce passage comme soucieux de chercher des précédents et des avis autorisés tels que celui de Marquadatus, en vue de déterminer les juges consulaires à siéger en dehors des jours d'audience, ce qui prouve jusqu'à un certain point que cet usage n'était pas très répandu.

Mais en admettant même qu'au temps de Toubeau « dans beaucoup de villes du royaume les juges et consuls n'aient point eu de jour ni d'heure ordinaire pour siéger », il faut convenir qu'actuellement cette activité des juges consulaires, en dehors des jours d'audience, s'est singulièrement ralentie. Si l'on étudie par exemple la pratique du tribunal de commerce de la Seine, où de pareilles pratiques extraordinaires s'imposeraient plus que partout ailleurs, on peut se rendre compte que les juges consulaires n'usent jamais en fait des pouvoirs théoriques que leur accorde l'article 417. Ce qui le souligne davantage, c'est l'étonnement manifesté par MM. Lyon-Caen et Renault devant la découverte du passage de Toubeau.

Mais au lieu d'imputer ce changement à un manque d'empressement des juges commerciaux, peut-être est-il préférable de convenir que certains empêchements d'ordre pratique s'opposent à ce qu'il en soit autrement. Les juges exercent, en effet, des fonctions purement honorifiques et sont retenus par leur propre commerce, soit à leur domicile, soit au dehors et ce serait pour eux une gêne considérable et la source d'un préjudice s'ils devaient être appelés au Tribunal en dehors de leur jour d'audience. En supposant qu'autrefois, stimulés par les perpétuelles querelles de juridiction qu'ils avaient avec les juges civils, ils aient puisé dans leur préoccupation à ne pas laisser ces derniers empiéter sur leurs attributions le désintéressement

suffisant pour sacrifier complètement leurs intérêts commerciaux à celui de leurs justiciables, on peut dire, qu'actuellement le domaine de ces deux ordres de juridiction est nettement déterminé et qu'aucun empiètement n'est possible de l'un sur l'autre. Aussi, les juges de commerce, et on ne saurait leur en faire un reproche, sont occupés de leurs propres affaires et ne peuvent être tous les jours à la disposition de leurs justiciables. En supposant même qu'ils aient le désintéressement suffisant, il est une vérité élémentaire que l'avocat général Garnier rappelait très simplement en 1850 devant la Cour de Nancy, « c'est qu'il sera toujours plus difficile de réunir de jour à jour et d'heure à heure trois magistrats au moins que d'obtenir la décision d'un seul ».

Pour toutes ces raisons, il apparaît clairement dès à présent, qu'en pratique, l'article 417 du Code de procédure, en ce qui concerne les affaires ayant un caractère d'extrême urgence, ne rend pas en matière commerciale les services rendus en matière civile par le juge des référés, jugeant en dehors des jours d'audience en son hôtel particulier. Mais, même en ce qui concerne les affaires ayant un caractère simplement urgent, peut-on dire que l'article 417 rend inutile l'application de l'article 806 aux affaires commerciales ? Il est un point qui empêche de conclure à l'identité juridique de ces deux dispositions, c'est qu'en matière commerciale, la décision rendue par le Tribunal est

un véritable jugement au fond et ayant un caractère définitif, tandis que l'ordonnance du juge des référés aura toujours son caractère de décision provisoire. Mais ce point de vue n'est pas celui auquel nous nous sommes placés. La seule question envisagée est la question d'urgence. Peu importe que la décision du juge ait un caractère provisoire ou définitif si elle donne la solution immédiate exigée par certains cas. Or, à ce point de vue, on peut dire encore que l'article 417 ne rend pas les mêmes services que l'article 806, appliqué aux matières civiles. Pour se rendre compte, il suffit d'étudier certaines dispositions complémentaires relatives en particulier aux délais d'appel et à l'exécution provisoire des ordonnances de référé et des jugements des tribunaux de commerce.

1° Les ordonnances de référé par défaut ne sont pas susceptibles d'opposition tandis que les jugements rendus par défaut en matière commerciale sont susceptibles de cette voie de recours qui arrête leur exécution.

2° Les ordonnances de référé sont exécutoires par provision sans caution ; tandis que l'exécution provisoire des jugements commerciaux est en principe subordonnée à la nécessité de fournir caution.

3° Les ordonnances de référé sont exécutoires sur minute, tandis que la question est douteuse pour les jugements commerciaux.

4° L'appel des jugements des tribunaux de com-

merce n'est pas possible dans les huit jours qui suivent le prononcé du jugement; au contraire, on peut interjeter immédiatement appel de l'ordonnance de référé (article 809).

5° Les incapables peuvent plaider en référé, sans avoir besoin de recourir à aucune autorisation, alors que cette autorisation leur est nécessaire pour plaider devant les tribunaux de commerce.

Par ce rapide parallèle, et par ce qui précède, on peut juger combien est illusoire la prétention de trouver dans l'article 417 du Code de procédure civile un équivalent de la procédure des référés en matière civile. Nous avons vu qu'en pratique cet article n'avait dans un cas aucune application, et qu'en théorie, fût-il appliqué, il laisserait toujours possible concurremment avec lui l'application des articles 806 et 808 comme ayant une sphère d'application et des effets différents des siens. Le législateur commercial s'en est si bien rendu compte, il a si bien senti en particulier la difficulté pratique qu'il y avait à réunir trois juges pour rendre une décision rapide dans certains cas urgents qu'il s'est ingénié à prévoir les cas où il y aurait lieu de substituer à cette décision collective la décision d'un juge unique, en général celle du président du Tribunal : mais nous verrons que pour atteindre ce résultat, il s'est contenté la plupart du temps d'étendre la juridiction gracieuse du président du tribunal de commerce et que, pour cette raison, il n'a pas rem-

placé la juridiction des référés qui est essentiellement contentieuse.

Avant d'étudier les pouvoirs spéciaux accordés dans certaines hypothèses au président du tribunal de commerce, il est intéressant de voir comment la loi a apporté une solution rapide à certains cas urgents qui l'exigeaient, en accordant à un juge commissaire nommé par le tribunal des pouvoirs appropriés.

Juges Commissaires.

Les pouvoirs accordés aux juges commissaires ont cela de particulier qu'ils diffèrent à la fois des pouvoirs reconnus au président du tribunal de commerce dans certains cas urgents et de ceux des juges des référés. Le juge commissaire, en effet, tient ses pouvoirs de la loi, quoique sa nomination par le tribunal puisse faire croire qu'il agit simplement par délégation. Il a une juridiction spéciale, justifiée par la nécessité qu'il y a en certaines matières complexes à conduire les opérations avec ensemble et unité.

C'est ainsi qu'en vertu de l'article 661 (Code de procédure), le juge commis pour procéder à la distribution par contribution des deniers provenant d'un dépôt ou d'une saisie immobilière peut statuer en référé sur le privilège réclamé par le propriétaire pour le paiement de ses loyers. Mais il ne faut pas que l'analogie des termes employés fasse croire que sa décision aura les mêmes caractères que l'ordonnance

du juge des référés ordinaire. Celle-ci, en effet, ne saurait préjudicier au fond, tandis que la décision du juge commissaire aura un caractère définitif et toute la valeur d'une chose jugée. De pareils pouvoirs accordés à un juge statuant isolément nous semblent en contradiction avec le principe de la collégialité qui est une règle fondamentale de nos tribunaux, mais ils s'expliquent par le fait que la procédure organisée par l'article 661 présente par la mise en cause de toutes les parties des garanties que n'offre pas celle des référés.

On prétendrait vainement dans cette hypothèse que le juge des référés, c'est-à-dire le président du tribunal, est compétent pour prendre des mesures différentes, par exemple nommer un séquestre (1).

De même en matière de faillites, le juge commissaire semble tenir de la loi certains pouvoirs. Il peut statuer définitivement sur la dispense d'apposition de scellés, art. 455, sur la nomination d'un syndic, art. 462, ou sur son remplacement, art. 464, de même qu'il peut lui confier personnellement l'exercice de certains droits, ou la gestion de certains intérêts, art. 465.

Toutefois, outre ces cas, où il semble tenir de la loi une juridiction propre, il en est d'autres où il statue sous réserve d'un recours possible en cas de contesta-

(1) Paris, 4 janvier 1849 ; S., 1849, 2, 115.

tion devant le tribunal de commerce. Ces cas sont prévus par l'article 466 relatif aux réclamations contre les opérations du syndic, les articles 474 et 330 relatifs aux secours alimentaires accordés au failli, l'article 567 relatif à la réserve de la part correspondante des créances dont les titulaires sont hors le territoire. Les créanciers de la faillite s'en tiennent-ils à la décision du juge commissaire : celle-ci devient définitive. La contestent-ils, au contraire, un recours leur est ouvert devant le tribunal de commerce. Comment ne pas être frappé par l'analogie de ces dispositions avec celles qui régissent la matière des référés. Ici aussi l'ordonnance du juge des référés est susceptible de devenir définitive, par l'accord des parties, de même que les parties peuvent demander au tribunal civil de porter un autre jugement sur le fond.

Il y a cependant entre ces deux cas cette différence, c'est que dans le second le juge du fond peut toujours être saisi à quelque moment que ce soit d'une contestation jugée provisoirement, tandis que dans le premier, les créanciers ne sont admis à contester la décision du juge commissaire qu'au moment où elle intervient. Faute de l'avoir fait à temps, cette décision leur devient opposable. Evidemment au point de vue juridique ces deux procédures obéissent à des règles absolument différentes, mais au point de vue pratique il y a une certaine analogie entre leurs résultats.

Quoi qu'il en soit de la nature juridique de la com-

pétence des juges commissaires : qu'ils obtiennent cette compétence par une délégation des tribunaux qui les nomment ou qu'ils aient une juridiction propre accordée par la loi, il faut convenir que leur nomination répond à une nécessité pratique. Ils ont été associés à toutes les phases d'une procédure complexe qui s'est déroulée sous leur surveillance et sous leur direction. Ils sont donc mieux à même de statuer sur les difficultés qui peuvent s'élever au cours des opérations dont ils s'occupent et il y aurait un retard considérable apporté à la solution de pareilles contestations si celles-ci étaient portées devant le tribunal, en passant par toutes les mesures d'instruction préparatoires qu'elles nécessiteraient. En aucun cas non plus le juge des référés ne saurait être substitué au juge commissaire dont la décision est plus éclairée que la sienne et plus prompte dans certains cas. Il faut donc abstraire cette question de la compétence des juges commissaires du débat qui nous occupe à savoir si la procédure des référés aurait sa raison d'être en matière commerciale et nous avons pris à dessein deux cas ; l'un dans lequel le juge commissaire est un juge civil, l'autre dans lequel c'est un juge commercial pour bien prouver que leur existence se conciliait très bien avec celle des juges de référés parce qu'elle répondait à des nécessités pratiques distinctes.

Mais étudions maintenant les pouvoirs accordés au président du tribunal de commerce dans certaines

hypothèses précises et, après avoir examiné si ces pouvoirs remplacent la juridiction des référés, demandons-nous si la loi a prévu tous les cas où des décisions urgentes s'imposaient.

Etudions d'abord deux dispositions d'un caractère assez restreint, puisqu'elles s'appliquent uniquement au marché de Paris.

Marchés de la Villette. — Aux termes des arrêts du 4 septembre et du 16 juillet 1699, les marchands forains sont garants envers les bouchers pendant 9 jours de la mort par maladie des bestiaux vendus par eux. On conçoit que sur un marché chargé de l'approvisionnement de tout Paris, ce cas se présente assez fréquemment et qu'en raison des facilités de propagation des maladies contagieuses, il importe de faire procéder immédiatement à un examen des bestiaux suspects. Le président du tribunal de commerce nomme alors des vétérinaires en qualité d'experts pour constater et rechercher les causes de la mort des bestiaux provenant des marchés de la Villette comme précédemment des marchés de Sceaux et de Poissy, destinés à l'approvisionnement de la boucherie de Paris.

En matière civile, c'est en général le juge des référés qui désigne un expert lorsqu'il s'agit de trancher une contestation entre deux plaideurs et cette nomination étant contradictoire offre plus de garanties

qu'une nomination par ordonnance rendue par simple enquête; mais à Paris tout au moins, où le tribunal siège fréquemment, une ordonnance du président, qui ne suppose ni assignation ni délai pour comparaître, sera obtenue plus rapidement qu'une ordonnance de référé. Le moindre retard en pareille matière pourrait avoir des conséquences irréparables, et il ne saurait être question de déranger incessamment le président à son hôtel particulier pour un cas prévu et susceptible de se reproduire si fréquemment.

Vente de cuirs verts et suifs en branches. — Conformément aux articles 20, 21, 22 et 23 du décret du 12 mars 1859, les ventes publiques en gros des cuirs verts à Paris peuvent avoir lieu mensuellement et d'avance sans exhibition matérielle ni exposition préalable, mais après autorisation donnée sur requête par le président du tribunal de commerce. La même règle a été établie pour les suifs en branche par un décret du 24 décembre 1874.

Cette dérogation aux règles ordinaires des ventes s'explique facilement par des raisons de salubrité. Les cuirs verts et les suifs en branche se corrompent très rapidement au grand air et leur exposition doit être évitée pour cette raison. Mais les pouvoirs accordés au président du tribunal de commerce d'en autoriser la vente sans exhibition implique pour celui-ci le droit de prescrire des mesures nécessaires pour la garantie

des acheteurs, notamment en ce qui concerne la nature, la qualité, la provenance des marchandises et les délais de livraison. Le décret du 30 mai 1863, élargissant encore les pouvoirs du président du Tribunal de commerce en cette matière, l'autorise en cas de marchandises avariées et pour arriver à la formation des lots avant la vente à faire constater les avaries par expertise (1).

En dehors de ces deux cas, d'une application très restreinte, puisqu'ils ne se rencontrent qu'à Paris et dans lesquels l'extension des pouvoirs du président du Tribunal de commerce se justifie à l'exclusion de ceux du juge des référés, il est intéressant de voir comment le législateur a, par l'article 417, donné pouvoir au président du tribunal de commerce de répondre à l'urgence de certaines nécessités pratiques en l'autorisant à faire saisir les effets mobiliers. Cette disposition se trouvant enfermée dans l'article 417 que beaucoup ont voulu opposer à la procédure des référés, il importe d'en faire une étude très précise.

Saisie conservatoire de l'article 417.

On peut rattacher les dispositions qui permettent la saisie conservatoire sans titre des objets mobiliers à la faveur que l'ancien droit accordait aux Bourgeois des villes dites « villes d'arrêt » de saisir les meubles de leurs débiteurs non domiciliés dans cette ville

(1) *Gaz. des Tribun.*, 18 décembre 1913; arrêt du 18 octobre 1913.

quand ils se trouvaient dans l'enceinte de celle-ci. Ce privilège aurait été généralisé et étendu à tous les lieux en matière commerciale (1), alors qu'en matière civile il a conservé la sphère d'application originelle telle qu'elle fut déterminée pour la première fois dans une charte concédée par Louis Le Gros en 1132 aux Bourgeois de Paris.

Quoiqu'il en soit de ses origines historiques, et des extensions qu'elle a subies depuis lors, la saisie commerciale comme la saisie foraine est uniquement motivée par l'urgence. L'hypothèse prévue est en effet celle d'un débiteur récalcitrant contre lequel le créancier est désarmé. Ce créancier apprend que son débiteur possède quelques biens mobiliers dans le ressort de l'endroit où lui-même est domicilié ; mais ces biens mobiliers peuvent disparaître facilement s'il ne fait pas diligence, c'est alors son gage qui s'évanouit. Dans ce cas, il a un intérêt très réel à obtenir immédiatement du président du tribunal l'autorisation de saisir sans titre les objets mobiliers qui pour un instant sont à sa portée.

L'article 417 (C. pr. civ.) reconnaît uniquement au président du tribunal de commerce la faculté d'autoriser ainsi, en dehors des cas de la saisie foraine, une saisie mobilière : on a souvent voulu conclure par analogie qu'il y avait lieu de reconnaître le même

(1) Lyon-Caen et Renault, t. 1, p. 257.

pouvoir au président du tribunal civil, car le besoin d'une saisie mobilière rapide peut aussi bien se faire sentir en matière civile qu'en matière commerciale. Autrefois il arrivait souvent dans la pratique que le président du tribunal civil, puisant sa compétence dans le principe de la plénitude de juridiction des tribunaux civils, autorisait des saisies conservatoires. Aussi, pour éviter tout conflit, le président du tribunal de commerce prit l'habitude de ne pas répondre aux requêtes qui lui étaient adressées à cette fin. Cette abstention remontait à 1818, époque à laquelle M. Martin, président du Tribunal de commerce, après s'être plaint de cet empiètement au garde des sceaux et n'avoir pas obtenu satisfaction, donna sa démission (1). Un arrêt de la Cour de Paris, en date du 9 janvier 1866 (2) réforma cet abus et déclara incompétemment rendue l'ordonnance d'un président du tribunal civil ayant autorisé une saisie conservatoire. Depuis lors plusieurs arrêts ont été rendus (3) affirmant la compétence exclusive du président du tribunal de commerce. Aujourd'hui l'opinion est arrêtée en ce sens (4) et considère l'article 417 comme une des nombreuses mesures de faveur que le législateur a accordées aux affaires commerciales.

(1) Camberlin, *Tribunaux de commerce de Paris*, p. 138.

(2) S., 66, 2, 51.

(3) Paris, 30 juillet 1875; D., 76, 2, 40; — Paris, 27 décembre 1875; D., 76, 2, 40.

(4) Bertin, 421-422; — Chauveau sur Carré, 1492; — Boitard, L.

Mais on peut se demander si le juge des référés se trouve compétent pour statuer sur les difficultés que soulève une saisie conservatoire autorisée par le président du tribunal de commerce. Il semble qu'en tant que juge chargé de trancher les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire, le juge des référés puisse être compétent, mais simplement dans la mesure où il se contente de faciliter la saisie conservatoire et dans les limites dans lesquelles elle a été autorisée par le président du tribunal de commerce, mais, il ne saurait rien décider qui allât contre cette ordonnance, comme, par exemple, ordonner un sursis (1) à la saisie autorisée.

Il est une faculté reconnue au président du tribunal civil qui autorise une saisie arrêt, c'est d'insérer dans son ordonnance une clause portant qu'il lui en serait référé en cas de difficultés. Par ce moyen il corrige les inconvénients d'une ordonnance délivrée en l'absence du défendeur, en se réservant le pouvoir d'en modifier les termes après audition du défendeur avant que le tribunal ne soit saisi de la demande. Y a-t-il lieu d'accorder au président du tribunal de commerce, qui autorise une saisie conservatoire, les mêmes pouvoirs ? Dans l'état des textes il est un fait acquis : c'est qu'en l'absence de toute clause de référé le président ne peut rétracter son ordonnance et est défini-

(1) Toulouse, 29 novembre 1832 ; D., 33, 2, 47.

tivement dessaisi (1) ; mais si dans son ordonnance il a inséré la réserve qu'il lui en sera référé en cas de difficultés, la jurisprudence semble décider, malgré certaines opinions doctrinales contraires (2), que le président est compétent pour juger de ces contestations (3) ; d'ailleurs, même en doctrine, c'est la solution la plus communément admise (4). Toutefois là s'arrêtent les pouvoirs du président du tribunal de commerce à autoriser une saisie arrêt et on a donné à l'appui de cette opinion plusieurs arguments : on a soutenu notamment que le terme générique de saisie mobilière comprenait non seulement les meubles corporels, mais aussi les sommes d'argent qui sont des meubles incorporels. En réalité c'est prendre les termes juridiques en dehors de leur acception courante et le législateur n'aurait pas introduit une réforme aussi importante que celle en question à la faveur d'une expression ambiguë. Il aurait manifesté son intention de façon plus précise. D'ailleurs il est un principe élémentaire de droit souvent formulé dans cet adage « *exceptio est strictissimæ interpretationis* » : or, il est hors de doute que la juridiction commerciale est une juridiction d'exception dont l'étendue doit être nettement déterminée par des textes précis.

(1) Rouen, 28 février 1846 ; 47, 2, 195.

(2) S., 47, 2, 349.

(3) Paris, 6 février 1872 ; S., 73, 12, 150 ; D., 72, 2, 227 ; — Paris, 8 août 1871, aff. Gilles ; D., p. 72, 2, 105.

(4) Boitard, Colmet Daage et Glasson, t. I, p. 784.

Un autre argument fourni à l'appui de cette première opinion consiste à dire que, si le président du tribunal de commerce peut ordonner une mesure conservatoire exceptionnelle telle qu'une saisie mobilière, il peut *a fortiori* autoriser une saisie arrêt : mesure conservatoire ordinaire moins grave que la précédente.

Mais de ce qu'il existe une certaine similitude entre les résultats pratiques de ces deux procédures, on ne saurait conclure à une identité de principes juridiques.

La saisie conservatoire prévue par l'article 417 n'est autorisée que dans les cas d'urgence. Il s'agit donc ici d'une mesure exorbitante déterminée par le péril dans le retard, mais la saisie arrêt n'est pas subordonnée à cette condition, il suffit que la créance soit exigible.

De plus on comprend aisément que conformément aux dispositions de l'article 417, le président du Tribunal oblige à fournir caution celui qu'il autorise à procéder à une saisie conservatoire. Il s'agit en effet de sacrifier aux exigentes inquiétudes d'une des parties le crédit et peut-être l'avenir de l'autre, d'introduire l'huissier dans le domicile d'un commerçant sur la simple réclamation du demandeur, de saisir en détail les marchandises qui s'y trouvent, d'établir un gardien, de tuer son commerce en arrêtant ses spéculations. Mais pourquoi exiger une caution d'un créancier

qui usant du droit de tout créancier fait simplement défense aux créanciers de son débiteur de se libérer des sommes qui sont dues à celui-ci avant que la justice ait prononcé ? Quelle comparaison peut-on établir entre la situation tragique du commerçant dont les meubles sont soumis à une saisie et celle du commerçant dont les créances sont simplement saisies arrêtées. Si une telle mesure peut entraver momentanément l'essor des spéculations commerciales, elle ne présente pas les mêmes rigueurs matérielles ni les mêmes conséquences morales que la saisie mobilière. On ne saurait donc astreindre celui qui pratique une saisie arrêt à fournir caution, d'autant plus que l'autorisation du président est destinée à remplacer un titre de créance en vertu duquel le créancier peut pratiquer une saisie arrêt sans aucune formalité.

La seconde partie de l'article 417 éclaire donc et précise le sens de la première. Le législateur n'a pu comprendre dans sa formule la saisie arrêt.

D'ailleurs, s'il en fallait d'autres raisons, on pourrait faire remarquer que toute saisie arrêt est le principe d'une instance en validité sur laquelle le tribunal civil de première instance exerce une compétence exclusive, quelle que soit la nature de la créance du saisissant ; c'est donc au président du tribunal civil qu'il faut s'adresser pour obtenir la permission de saisir-arrêter et ses pouvoirs ne sauraient être partagés par le président du tribunal de commerce.

Qu'on ne tire pas argument de ce que dans l'ancienne jurisprudence les consuls pouvaient délivrer des ordonnances sur requête à fin de saisie arrêt. C'était la conséquence du droit qui leur appartenait en vertu d'un arrêt du 19 septembre 1755 de connaître de l'exécution de leurs sentences entre marchands et pour faits de commerce ; mais depuis lors les principes de leur compétence ont été modifiés et l'article 442 (Code de procédure) en est l'affirmation explicite. D'ailleurs, lorsque la question s'est posée devant le tribunal, il répondit à cette question : « Quel sera le juge compétent pour autoriser la saisie arrêt ? Sans doute ce ne peut être qu'un juge du tribunal de première instance » (1).

Ainsi déterminé dans son étendue aux strictes limites d'une saisie mobilière conservatoire, peut-on dire que l'article 417 (Code pr. civ.) et l'article 172 du Code de commerce qui n'en est qu'une application en matière de lettre de change rendent en pratique les services qu'on en pourrait attendre. Dans les grandes villes, à Paris en particulier, il est bien rare qu'on en fasse application et ceci se comprend facilement. Les présidents des tribunaux de commerce, en raison des difficultés qu'ils éprouvent à se renseigner sur le crédit de la personne dont on se propose de saisir les meubles, hésitent à autoriser des mesures aussi sévères

(1) Loce, *Esprit du Code de procédure civile*, t. II, p. 454.

dans leurs effets que celle de la saisie mobilière. Ils craignent de ruiner par la délivrance d'une autorisation trop hâtive et difficilement éclairée un commerçant dont la situation ne leur est connue que par les renseignements intéressés d'un créancier ; aussi, s'abstiennent-ils la plupart du temps. Et ici encore nous touchons à l'infériorité de la juridiction gracieuse qui, en dépit des extensions qu'on lui donne, est incapable de remplacer la juridiction gracieuse du juge des référés. Nous allons voir dans plusieurs articles du Code de commerce qui consacrent les pouvoirs du président du tribunal de commerce, en matière de transport, une nouvelle preuve de cette affirmation.

Transports.

Le contrat de transport, en raison de l'importance qu'il ne cesse de prendre par suite de l'augmentation des transactions et du développement sans cesse accru des moyens de communication, méritait d'attirer l'attention du législateur. Celui-ci s'était déjà préoccupé de faciliter les relations commerciales en établissant pour les commerçants une procédure simplifiée et en leur permettant dans certains cas urgents de faire appel au président du tribunal pour obtenir une décision rapide. Comment aurait-il pu se désintéresser du contrat de transport qui est la condition même du commerce et qui en forme pour ainsi dire la base ? Aussi, outre certains privilèges accordés aux voitu-

riers, a-t-il, dans un but de célérité, prévu certaines hypothèses particulières auxquelles il s'est efforcé d'apporter la solution rapide qu'elles exigeaient, notamment en augmentant les pouvoirs du président du tribunal de commerce.

Par l'article 106 du Code de commerce, il reconnaît au président du tribunal des pouvoirs très importants :

1° De nommer des experts par ordonnance sur simple requête, en cas de refus ou de contestation, pour la réception des marchandises, en vue d'en constater l'état ;

2° D'en ordonner le dépôt ou sequestre, puis le transport dans un dépôt public ;

3° D'en ordonner la vente au profit du voiturier jusqu'à concurrence du prix de la voiture.

Dans les articles 305 et 306, il renouvelle l'application des deux dernières dispositions au profit du capitaine chargé d'un transport et dont la situation analogue à celle du voiturier exigeait les mêmes garanties.

Le président peut, en cas de refus par le consignataire de recevoir les marchandises, autoriser le capitaine du navire, soit à vendre une partie pour le paiement de son fret et à déposer le surplus, article 205, soit à les déposer en mains tierces jusqu'à parfait paiement.

Il semble à première vue que ces pouvoirs soient suffisamment étendus pour donner à la pratique les

solutions rapides qu'elle exige en pareille matière, mais il semble aussi que le législateur se soit uniquement préoccupé du sort du voiturier et non de celui des marchandises. Si, en effet, il avait pris en considération l'état des marchandises parfois sujettes à une prompte détérioration, il aurait indiqué les mêmes solutions, que la contestation s'élevât à leur sujet entre le voiturier et le destinataire ou qu'elle s'élevât entre l'expéditeur et le destinataire. Or, il est facile de se rendre compte que telle n'a pas été son intention. Une jurisprudence constante fait en effet une distinction entre le voiturier et l'expéditeur, réservant à celui-là le bénéfice de l'article 106 (1). D'ailleurs, le Garde des Sceaux, dans une lettre qu'il écrivait au président du tribunal de commerce de Paris le 1^{er} août 1862, a nettement consacré cette distinction dans les termes suivants qui valent d'être cités, car ils envisagent la question sous une forme précise et concrète : « L'article 106 du Code de commerce est seulement applicable aux différends entre voituriers et destinataires, c'est un principe consacré par la jurisprudence la plus ancienne, la raison de la loi n'est pas moins claire que son texte. Le voiturier et le destinataire sont sur les lieux en présence l'un de l'autre, il s'agit de constater un fait qui n'intéresse que le contrat de transport ; les délais et les frais sont

(1) Cass., 1^{er} mars 1892 ; D., 1892, 1, 235 ; — Cass., 22 novembre 1892 ; D., 1893, 1, 63 ; — Ch. req., 15 juillet 1907 ; D., 1908, 1, 31.

inutiles, la loi a donc pu donner au président des pouvoirs exceptionnels. »

« Mais la question de savoir si une marchandise est ouï ou non conforme à l'échantillon, si la qualité fournie est ou n'est pas la qualité promise touche essentiellement au contrat de vente lui-même ; ce n'est pas un simple fait à constater, c'est avant tout une convention à interpréter, un litige sur le fond même du droit prétendu par l'acheteur. Le vendeur n'est pas présent. Dans ce cas, le tribunal seul peut ordonner l'expertise conformément aux articles 305 et 429 du Code de procédure civile. »

Quoi qu'il en soit des raisons théoriques qui ont déterminé le législateur à limiter le bénéfice de l'article 106 aux voituriers seuls, il faut convenir qu'il est absolument insuffisant et qu'il se présente dans la pratique de nombreux cas analogues au précédent qui ne reçoivent pas de solution.

Supposons une marchandise vendue gare départ. Cette marchandise est aux risques de l'acheteur du jour du départ de la gare de déchargement. Or cette clause ne dispense pas le vendeur de livrer la qualité moyenne de la marchandise vendue. Si cependant le vendeur ne livre qu'une marchandise de qualité mauvaise ou médiocre, le destinataire est tenu pour obtenir ou la résolution de la vente ou des dommages-intérêts pour défaut de qualité d'assigner son vendeur devant le tribunal de commerce en résolution de

vente et de conclure subsidiairement à une expertise ; mais si rapide que soit la procédure commerciale, le Tribunal ne pourra ordonner la mesure d'instruction qu'après un temps plus ou moins long. Si les marchandises litigieuses sont de celles qui se détériorent rapidement telles que des fruits ou des fleurs, l'expertise n'aura plus aucune valeur concluante, puisqu'elle portera sur des marchandises dont l'état se sera profondément altéré depuis le jour de la contestation. De plus, ces marchandises auront été perdues sans bénéfice pour personne, de sorte qu'en cette hypothèse, le recours aux voies judiciaires, au lieu de remédier à un dommage subi, en sera la plus sûre consécration.

Même en dehors de ce cas assez limité dans ses applications, puisqu'il ne vise que les denrées sujettes à un prompt dépérissement, on peut très bien imaginer dans la pratique un autre cas susceptible de se rencontrer fréquemment, puisqu'il s'applique à toutes sortes de marchandises. Reprenons l'hypothèse précédente et substituons aux denrées sujettes à prompt dépérissement, des matières quelconques pouvant subir, sans que leur état en soit altéré, les lenteurs d'une expertise autorisée par le tribunal de commerce et supposons que, conformément aux dispositions de l'article 1657 du Code civil, les parties aient convenu qu'au cas de non retirement des marchandises la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation au profit du vendeur après l'expiration du

terme convenu. Si ce terme vient à échoir avant que l'expert ne soit désigné par le tribunal, le vendeur retirera sa marchandise et, se prévalant de la disposition de l'article 1657, invoquera, à son tour, la résolution et réclamera le paiement de dommages-intérêts. Il ne sera pas possible à l'acheteur de justifier de la qualité inférieure de la chose vendue et ici encore son droit sera dépourvu de sanction.

On s'est alarmé de pareils résultats et on a voulu chercher un remède dans la généralisation de l'article 106 du Code de commerce. Notamment à la conférence régionale des Tribunaux de commerce tenue à Lille en avril 1913 et dont les conclusions ont été approuvées par le vote unanime de l'assemblée, on a émis le vœu que l'article 106 du Code de commerce fût applicable en cas de marchandises sujettes à prompt dépérissement, alors même que la contestation s'élèverait entre l'acheteur et le vendeur. Mais d'une façon générale, il faudrait qu'on pût obtenir dans tous les cas où cela serait nécessaire la nomination rapide d'un expert. La procédure s'en trouverait considérablement simplifiée par suite de la substitution à un jugement interlocutoire, toujours long à obtenir, de la décision d'un seul juge.

Par tous ces exemples, on peut juger de l'insuffisance des prévisions et du caractère empirique des solutions apportées par le Code à diverses difficultés que soulève journellement la pratique commerciale.

Soucieux avant tout d'écarter le juge civil de la connaissance même au provisoire des contestations commerciales, le législateur n'a pas voulu étendre aux affaires commerciales la procédure des référés qui est une procédure générale basée sur l'urgence et susceptible de recevoir des applications de plus en plus nombreuses, comme le prouve la pratique journalière. Pour y suppléer, il a été obligé de prévoir les cas les plus fréquents qui se rencontraient dans la pratique, et de leur apporter la solution rapide qu'ils exigeaient. Mais peut-on prétendre que ces prévisions s'étendent à toutes les hypothèses possibles ? L'étude rapide que nous venons d'en faire prouve le contraire. Et d'ailleurs, en supposant qu'à force de patience et de sagacité, le législateur arrive à embrasser dans ses prévisions toutes les difficultés actuelles, rien n'est plus changeant que les rapports juridiques et sociaux, car ce changement est la condition du progrès : mais il ne faut pas que les difficultés nouvelles qu'ils soulèvent entraînent à chaque instant un remaniement des lois ou de nouvelles décisions législatives.

Partant de ce principe, le législateur n'avait que deux moyens pour apporter aux difficultés soulevées par la pratique, en dehors de la procédure courante, la solution urgente qu'elles exigeaient : ou admettre la compétence du juge des référés dont la juridiction offrait tous les caractères de souplesse et de simplicité désirables, ou généraliser dans tous les cas d'urgence

les pouvoirs accordés au président du tribunal de commerce en certains cas.

Pouvait-il adopter la seconde solution? Sans tenir compte ici de la difficulté pratique qu'on éprouve à exiger d'un magistrat non rétribué et exerçant une profession commerciale, la présence pour ainsi dire continue que suppose l'exercice de pareilles fonctions, il y a une différence essentielle et déjà soulignée entre les ordonnances de référé. Les unes sont des actes de juridiction gracieuse, les autres sont des actes de juridiction contentieuse; les unes sont délivrées à la demande d'une seule des parties, les autres supposent un débat contradictoire. Et ne saisit-on pas tout de suite dans la prudence circonspecte qui s'impose à un président du tribunal qui ne peut contrôler les affirmations du demandeur les raisons qui s'opposent à une généralisation des ordonnances sur simple requête?

En présence donc de l'insuffisance démontrée de l'article 417 du Code de procédure civile, du caractère fatalement incomplet des solutions empiriques préconisées dans certains cas, de l'impossibilité d'une généralisation des ordonnances sur requête; une seule procédure peut répondre aux besoins urgents tant de la pratique commerciale que de la pratique des affaires civiles, c'est la procédure des référés. On peut même prétendre, sans rechercher aucunement le paradoxe que le besoin de cette procédure se fait plus sentir

encore en matière commerciale qu'en matière civile. tout au moins dans les cas que la loi laisse sans solution. Qu'est-ce en effet que la notion d'urgence qui est la condition fondamentale et élémentaire de la procédure des référés, sinon une accentuation de l'idée de célérité qui a présidé à l'établissement d'une procédure simplifiée en matière commerciale. Dès lors, pourquoi priver des avantages d'une procédure expéditive et économique ceux des justiciables à qui elle est le plus nécessaire et Bazot formulait cette vérité dans un raccourci saisissant quand il disait : « La promptitude n'est-elle pas le principal ressort des affaires commerciales, et un commerçant pour qui le temps est de l'argent, n'a-t-il pas plus qu'un autre besoin d'abréger les procès qu'il n'a pu éviter ? »

APPENDICE

IMPORTANCE SPÉCIALE DU RÉFÉRÉ AUPRÈS DU TRIBUNAL DE LA SEINE ET DES MOYENS EMPLOYÉS DANS LA PRATIQUE POUR Y SUPPLÉER EN MATIÈRE COMMERCIALE.

L'ordonnance de 1683, qui instituait la procédure des référés, s'appliquait primitivement à la Prévoté de Paris et elle ne faisait que consacrer une pratique déjà courante qui s'était développée spontanément en face de certaines nécessités urgentes, et, quand plus tard la loi de 1790 supprima la juridiction des référés, elle la maintint pour Paris. On peut conclure de cette double consécration historique que la procédure des référés a toujours revêtu à Paris une importance toute spéciale et il est facile d'en trouver les raisons dans l'encombrement toujours croissant du rôle du tribunal de la Seine.

Cette procédure, si l'on peut risquer cette expression, permet de décongestionner le rôle du tribunal civil en faisant trancher par le juge des référés certaines contestations. On sait en effet que les parties s'en rapportent souvent à l'ordonnance du juge du référé dont la décision, quoique juridiquement provisoire, devient ainsi définitive en pratique.

Cette procédure reçoit en outre des applications fréquentes du fait que certaines matières, sans être urgentes en elles-mêmes, ne peuvent néanmoins subir toutes les lenteurs et les retards d'une marche judiciaire ralentie par la multiplicité des causes inscrites au rôle du tribunal.

Il est évident que l'application des référés aux matières commerciales rendrait les mêmes services au tribunal de commerce de la Seine, dont l'encombrement n'est pas moindre que celui du tribunal civil, et il est intéressant de noter comment en pratique on cherche à suppléer à l'absence d'une procédure aussi expéditive.

Les procédés employés par le tribunal de commerce de la Seine pour suppléer à la procédure des référés doivent donc s'inspirer d'un double point de vue :

1^o Apporter à certaines affaires qui ne sauraient subir les lenteurs de la marche judiciaire ordinaire, une solution immédiate.

2^o Soulager le rôle du tribunal sans cesse encombré par l'affluence des causes nouvelles.

Pour répondre à cette première idée, le président Guillotin imagina en 1890, la mise en délibéré immédiat.

Mise en délibéré immédiat. — Cette procédure était alors uniquement réservée aux plaideurs qui se présentaient en personne, et cette comparution con-

certée impliquait de la part de ceux-ci un désir de se concilier. Les causes sont appelées les premières à la reprise de chaque audience et, si les plaideurs venus en personne le demandent, le tribunal leur accorde le renvoi devant un juge qui se tient en permanence dans son cabinet, les entend contradictoirement durant l'audience et fait sur le champ une tentative de conciliation. On voit par ce simple exposé l'avantage d'une telle procédure, au point de vue de la rapidité, sur la procédure ordinaire qui se déroule devant le tribunal entier ; mais l'accord des parties qu'elle suppose devait en rétrécir singulièrement le champ d'application.

Durant quelque temps elle fut cependant d'une application fréquente et pour encourager des résultats aussi heureux, le président Derville décida qu'à l'avenir le délibéré immédiat pourrait être pratiqué même dans les affaires où les parties seraient représentées par des agréés ou des mandataires, mais cette tentative de conciliation n'étant pas prescrite par la loi devait être demandée par toutes les parties en cause.

Dès 1893, il y avait déjà un ralentissement très marqué et le même M. Derville, dans son rapport du 25 janvier 1893, s'exprimait en ces termes : « Les plaideurs continuent à ne pas user d'une disposition dont nous avons espéré meilleur résultat ; il n'a été demandé que 140 délibérés immédiats ». Actuelle-

ment cette pratique est pour ainsi dire tombée en désuétude et on ne saurait en faire état pour l'opposer à la procédure des référés, à laquelle elle était destinée à suppléer sur certains points dans certains de ses effets-limités.

On a été amené parfois, en présence de certaines nécessités pratiques, à utiliser les effets rapides de la mise en délibéré immédiat en la transportant en dehors de la sphère d'application normale. Alors même que les parties n'entendent pas se concilier, leurs explications sont reçues par un juge spécial destiné à les entendre et sur le rapport que celui-ci en fait aussitôt à l'audience, une décision est prise immédiatement. Mais pour qu'on fasse emploi de cette procédure, il faut un cas de force majeure et tout au plus peut-on en relever quelques exemples.

Cette procédure est d'ailleurs une combinaison des dispositions de la mise en délibéré immédiat et de celle du renvoi devant le juge unique dont on se sert également pour hâter, dans certains cas, la marche d'une instance. Lorsque l'affaire est renvoyée devant le juge unique, celui-ci convoque les parties une fois, quelquefois deux ; il ne se livre pas à un examen technique, mais il étudie au point de vue juridique les pièces qui lui sont soumises et fait un rapport ; le rapport est soumis au tribunal qui délibère, accepte ou repousse la décision du juge. Le lendemain au plus tôt le jugement est rendu en audience publique.

Mais comme il est facile de s'en rendre compte par ce court exposé, cette procédure, qui est une simplification en ce qu'elle évite aux parties des exposés et des conclusions écrites, est loin de remplacer le référé, car elle exige la réunion du tribunal tout entier pour le prononcé du jugement. D'ailleurs, elle est de moins en moins fréquente à Paris, où elle fonctionne.

Renvoi devant arbitres. — Si l'on examine maintenant les moyens qu'en l'absence du référé le tribunal emploie pour lutter contre l'encombrement du rôle, nous pourrions voir qu'il n'a rien innové comme dans le cas précédent, mais qu'il s'est servi de l'imprécision de l'article 429 du Code de procédure, lui permettant dans certains cas de renvoyer l'affaire devant les arbitres, comme s'était servi de l'imprécision voulue de l'article 806, le juge des référés, pour soulager le rôle du tribunal civil.

En effet, en dépit des simplifications apportées à la procédure commerciale, les litiges commerciaux sont loin de recevoir dans la pratique la solution rapide qu'ils exigeraient.

Il est toujours loisible à un plaideur désirant faire traîner les choses en longueur de demander une remise pour des motifs plus ou moins sérieux que le tribunal ne contrôle jamais. Or, comme à Paris les mêmes juges ne tiennent leur audience que tous les quinze jours, on comprend facilement tout le retard

apporté à la solution des litiges par ces remises à quinzaine presque indéfinies.

Il n'y a en réalité qu'un cas où cette remise soit refusée, c'est lorsqu'il s'agit de demander le paiement de billets, traites ou mandats. Le législateur a considéré avec raison que les effets de commerce, constituant une sorte de monnaie, devaient être payés sans aucun retard à leur échéance et aux termes de l'article 135 du Code de commerce, il a disposé que « tous les délais de grâce, de faveur, d'usage ou d'habitude locale pour le paiement des lettres de change sont abrogés », et on convient généralement que cette disposition s'applique également aux billets à ordre et aux simples mandats acceptés. Toutefois, même dans ce cas un usage s'est établi au tribunal de commerce de Paris : c'est d'accorder au débiteur un délai de 25 jours pour payer si le demandeur y consent. Celui-ci y est d'ailleurs obligé, car le débiteur en ne concluant pas et en faisant opposition au jugement, sitôt celui-ci signifié, trouverait malgré tout un moyen de différer le paiement.

En dehors de ce cas, il est bien rare que les autres affaires soient jugées en première audience. On distingue en effet trois sortes d'audiences :

1^o Celles auxquelles on ne plaide que par observation et qui se tiennent le mardi et le vendredi.

2^o Celles de petit rôle auxquelles on plaide le mercredi et le jeudi les affaires d'importance ordinaire.

3° Les audiences de grand rôle tenues le lundi et le samedi, auxquelles sont portées les affaires importantes.

On peut juger par cette organisation déjà compliquée du temps que mettent certaines affaires avant de recevoir une solution définitive.

Encombré par l'afflux journalier des causes nouvelles, le tribunal de commerce de la Seine ne peut lutter contre cet envahissement qu'en renvoyant devant des arbitres, dont il se contente d'homologuer le rapport, la plupart des difficultés qui sont portées devant lui. L'article 429 autorise en effet ce renvoi devant arbitres pour examen de comptes, pièces et registres. Or, il est difficile de trouver un procès commercial qui ne comporte pas un semblable examen. Dans un rapport fait en 1892, le chiffre de ces renvois devant arbitres s'élevait à 9,736, et sur ce nombre 5,476 avaient abouti à une conciliation. Ce résultat, qui peut sembler heureux à première vue, cache cependant un écueil. Il arrive trop souvent que les arbitres, uniquement soucieux d'aboutir à une conciliation, au lieu de s'en tenir aux conclusions que pourrait leur dicter leur sentiment du droit et de l'équité, pressentent le contestant dont l'attitude est la moins intransigeante pour le décider à faire des concessions.

Il faudrait donc pour que ces rapports d'arbitres offrissent toutes les garanties désirables que le tribunal en contrôlât les dispositions et les rectifiât au besoin ;

il en a le pouvoir, mais dans la pratique, il n'en use guère par suite du retard qu'apporterait un pareil examen à la solution des affaires courantes, qui sollicitent également son attention. Bien plus, il semble qu'à Paris tout au moins, pour combler la lacune résultant de l'absence du référé commercial, le tribunal augmente encore les pouvoirs des arbitres rapporteurs en les autorisant à prendre diverses mesures urgentes, comme par exemple de faire vendre des marchandises litigieuses aux frais et risques de qui de droit. Toutes ces pratiques ingénieuses plus ou moins heureuses au point de vue des résultats pratiques auxquels les tribunaux de commerce ont recours en cas d'urgence, ne sont-elles pas la démonstration éloquente de l'insuffisance en pareille matière, de la procédure commerciale. Dès lors, pourquoi n'avoir pas recours à la procédure des référés, si bien faite pour apporter une solution rapide à tous les cas urgents et si bien adaptée aux besoins pratiques. On répond qu'il y a là une impossibilité résultant des textes et que même les nécessités pratiques ne peuvent autoriser une dérogation aux lois. Voyons jusqu'à quel point un pareil argument est fondé.

CHAPITRE II

POSSIBILITÉ EXÉGÉTIQUE D'UN RÉFÉRÉ EN MATIÈRE COMMERCIALE

L'édit du 2 janvier 1685 sur l'administration de la justice au Châtelet de Paris contient dans son article 6 les dispositions suivantes : « Quand il s'agira de la liberté des personnes qualifiées ou constituées en charge, de celle des marchands et négociants emprisonnés à la veille de plusieurs fêtes consécutives ou des jours auxquels on n'entre pas au Châtelet, lorsqu'on demandera la mainlevée des marchandises prêtes à être envoyées ou dont les voituriers seront chargés ou qui peuvent dépérir. — si le lieutenant civil le juge à propos pour le bien de la justice, il pourra ordonner que les parties comparaitront le jour même dans son hôtel pour y être entendues et être par lui ordonné par provision ce qu'il estimera juste sans aucune vacation ni frais à son égard. . . »

N'est-il pas indispensable quand on veut rechercher l'esprit d'une institution ou l'étendue d'application d'une loi de remonter au texte où elle est promulguée et dans lequel éclate mieux qu'en aucune consécration

postérieure les intentions du législateur ? Or, si nous appliquons ce procédé à la matière du référé, nous trouvons à l'origine de cette procédure, dans l'édit même qui l'institue, un article associant étroitement dans un même paragraphe, des questions d'ordre civil et des questions d'ordre commercial pour en soumettre, en cas d'urgence, la connaissance au président du tribunal civil statuant comme juge du référé. N'est-ce pas la preuve manifeste que le législateur n'a pas prétendu exclure les affaires commerciales du bénéfice d'une procédure correspondant si bien à ce besoin de célérité qui les caractérise ?

En présence d'un texte aussi précis et aussi formel, il ne reste à l'opinion qui affirme l'impossibilité des référés en matière commerciale, qu'à chercher un fondement dans quelque disposition législative postérieure pouvant toujours modifier l'institution originelle.

Examinons donc le décret du 30 mars 1808 intitulé « décret contenant règlement pour la discipline et police des cours et des tribunaux », et voyons s'il n'apporte pas quelque modification, en ce qui concerne la procédure des référés, à l'ordonnance de 1685. L'article 57 (1) de ce décret est ainsi conçu : « Le président du tribunal tiendra l'audience des référés *pour quelque cause que ce soit.* » Comment affirmer de

(1) Titre II, section III, *De la distribution des affaires*, p. 35.

façon plus catégorique le maintien du référé en matière commerciale. Il semble que le législateur, prévoyant la controverse actuelle, ait tranché de lui-même la discussion en affirmant le caractère général des dispositions de l'ordonnance de 1685. Il ne s'est pas contenté de reproduire celle-ci, il l'a soulignée par l'adjonction de cette formule généralisatrice « pour quelque cause que ce soit » qui, si elle a un sens, doit certainement signifier que la compétence du juge des référés s'étend aux affaires commerciales.

Si donc le législateur du Code civil avait entendu modifier quoi que ce soit à la procédure des référés, il aurait clairement manifesté son intention. En effet, quels que soient les changements profonds réalisés par la révolution dans l'ensemble de notre monument législatif, il est un fait incontestable c'est qu'elle n'a pas pu abolir d'un seul coup l'ensemble des institutions judiciaires et créer de toutes pièces une législation nouvelle sans rapport avec l'ancienne. En tant qu'elle n'a pas abrogé les lois de l'ancien régime, elle a prétendu les maintenir. Cela est si vrai qu'un des moyens encore les plus usités de nos jours par les juristes pour interpréter le sens d'une disposition ambiguë est d'en chercher le sens dans l'ancien droit. Le législateur, en effet, a entendu renouer avec le passé de notre tradition législative et coutumière, et tout silence de sa part sur des institutions anciennes doit être considéré comme leur consécration. Partant de

ce principe, on doit apprécier le sens de l'article 806 du Code de procédure à la lumière de l'ordonnance de 1685 et du décret de 1808 et dire que par le fait même qu'il n'en a pas modifié les dispositions, le législateur a entendu les maintenir. Le sens de l'article 806 est assez explicite en lui-même : « Dans tous les cas d'urgence ou lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement sur les difficultés d'un titre exécutoire ou d'un jugement... la demande sera portée à une audience tenue par le tribunal de première instance. » On ne trouve là, semble-t-il, aucune raison de distinguer entre les matières civiles et les matières commerciales.

On peut encore trouver une manifestation des intentions du législateur dans la place donnée au chapitre des référés dont l'avocat général Garnier tirait argument devant la Cour de Nancy dans les termes suivants : « Il est certain, disait-il, que toutes les règles de procédure applicables aux affaires commerciales ne se trouvent point comprises dans les titres XXV, livre II du Code de procédure civile. *Le Livre des référés* (livre V) vient à la suite des trois premiers livres qui concernent toutes les juridictions, savoir : Livre I, *De la Justice de paix* ; — livre II, *Des Tribunaux inférieurs tant civils que commerciaux* ; — livre III, *Des Cours d'appel*. — Il suit de là que la juridiction des référés créée pour statuer provisoirement sur tous les cas d'extrême urgence, s'applique à toutes les juridictions. Ainsi, que la difficulté s'élève

sur une question dont la connaissance appartient au fond, soit au juge de paix, soit au tribunal civil, soit au tribunal de commerce, soit à des arbitres, soit même à la Cour d'appel, le président du tribunal civil seul est compétent pour statuer provisoirement en référé. »

Certains auteurs (1), il est vrai, donnent de l'emplacement du titre des référés une autre explication. Ils prétendent que la procédure des référés vient après la saisie et les voies d'exécution, car elle tire ses plus nombreuses applications de cette matière et qu'elle en est pour ainsi dire le complément.

Mais ils conviennent eux-mêmes que cette procédure a beaucoup d'autres applications. L'article 806, en effet, comprend deux séries d'applications : d'une part, les cas urgents, de l'autre les difficultés d'exécution. Dès lors, pourquoi le législateur se serait-il arrêté à cette dernière pour déterminer la place du titre des référés. La rédaction de l'article 806 commençant par ces termes : « dans tous les cas d'urgence », prouve au contraire que le premier chef des référés a été envisagé le premier comme le plus important, et beaucoup d'auteurs prétendent même que le second n'en est qu'un corollaire, autrement dit la spécification d'un cas d'urgence fréquent.

Chaque fois donc que le législateur s'est occupé du

(1) Thomine des Mazures, *Procédure civile*, ch. XVI, p. 292 ; — Boitard, Colmet Daage et Glasson, *Procédure civile*, p. 522.

référé, il a nettement manifesté son intention de maintenir les dispositions de l'ordonnance de 1685, qui comprenait dans son champ d'application aussi bien les affaires commerciales que les affaires civiles.

Mais à défaut d'une suppression explicite du référé en matière commerciale, les partisans de la compétence restreinte du juge des référés prétendent qu'en édictant des mesures spéciales en cas d'urgence, lorsqu'il s'agissait de matières commerciales, le Code de procédure et le Code de commerce ont supprimé l'objet même du référé en ces matières. Nous avons vu combien ces conclusions étaient inexactes et combien, en dehors des cas prévus auxquels le législateur a apporté une solution, la procédure des référés répondait aux besoins de la pratique commerciale. On peut donc conclure que ni explicitement ni implicitement le législateur n'a entendu soustraire les affaires commerciales à la procédure des référés.

CHAPITRE III

POSSIBILITÉ JURIDIQUE D'UN RÉFÉRÉ EN MATIÈRE COMMERCIALE.

Il est un grand principe d'organisation judiciaire qu'on appelle principe de la séparation des juridictions, en vertu duquel les litiges ont été classés d'après certains caractères particuliers dont la connaissance est attribuée à des tribunaux d'ordre différent. Nous ne nous attarderons pas à discuter si en ce qui concerne la distinction des juridictions civiles et commerciales ce principe est d'ordre public ou d'ordre privé, car le bénéfice d'une interprétation peu sévère nous paraît inutile en ce qui concerne la juridiction des référés, à laquelle ce principe ne semble pas devoir s'appliquer.

En effet, quoiqu'on ait voulu faire une assimilation entre ces deux cas, on ne saurait conclure de l'incompétence du juge civil en matière commerciale à l'incompétence du juge des référés en pareille matière, car il s'agit ici de deux juridictions distinctes différant dans leur principe et dans leurs effets.

La juridiction des référés a sa raison d'être dans la

situation créée par l'urgence. La compétence du juge qui en est chargé n'est aucunement soumise à la distinction entre les affaires civiles et commerciales et ne saurait être influencée par les principes généraux qui régissent ces deux ordres d'affaires ; elle dérive uniquement de l'article 806 du Code de procédure civile qui, en vue de l'urgence, a créé à la fois une juridiction et une procédure spéciales.

Le principe « d'après lequel le juge du provisoire ne saurait être autre que le juge du fond », sous son apparence juridique, crée une dépendance inexacte entre la juridiction des référés qui ne statue qu'au provisoire et la juridiction principale qui juge au fond. En réalité, il s'agit de deux pouvoirs s'exerçant parallèlement sur un même objet et à des titres différents, sans qu'il y ait entre eux aucune connexité. Bazot donnait à ce principe un relief saisissant : « le juge des référés est un juge à part, sa juridiction n'occupe aucune place dans l'ordre hiérarchique, ce magistrat ne décide rien définitivement, il s'interpose seulement dans le conflit que fait naître une contestation urgente et par une mesure provisoire qui ne préjudicie pas au principal, il prévient le désastre. Sa compétence toute de nécessité ne saurait tenir aux règles qui gouvernent le fond du litige, puisqu'en aucun cas, il n'est appelé à le juger définitivement. » On peut comparer jusqu'à un certain point les pouvoirs du juge des référés rendant une ordonnance à ceux du préteur

romain rendant un interdit. La décision de ce magistrat avait uniquement pour but d'éviter les voies de fait, de prévenir un désastre : mais elle ne préjugait aucunement le fond du procès qui pouvait lui être soumis plus tard à un autre titre.

On objecte qu'en pratique la décision provisoire du juge des référés influe souvent sur celle du juge du fond ; mais il n'y a là aucune nécessité juridique et on ne saurait faire état de cette constatation dans une étude exclusivement juridique de la nature du référé.

La confusion qui est souvent faite entre les principes de ces deux ordres de juridiction provient de ce que la fonction de juge des référés est dévolue au président du tribunal, à qui la loi reconnaît, en qualité de membre le plus élevé du tribunal, le droit de prendre certaines décisions et de rendre des ordonnances. Ce sont là des pouvoirs de délégation qui s'étendent uniquement aux actes de juridiction gracieuse, sauf en ce qui concerne l'ordonnance de saisie arrêt dont le caractère est contesté ; mais quel rapport établir entre ces pouvoirs de délégation exclusivement gracieux et ceux du juge des référés dont le caractère contentieux est indéniable ? Il est donc inexact de dire que les attributions du juge des référés procèdent du démembrement des pouvoirs de son tribunal. Ce qui le prouve de façon péremptoire, c'est que dans certains cas ses pouvoirs sont plus étendus que ceux du tribunal auquel il appartient. Il n'est pas douteux, par

exemple, qu'un tribunal civil soit incompétent pour statuer sur les difficultés relatives à l'exécution des arrêts de la cour d'appel, tandis qu'on admet généralement dans ce cas la compétence du juge des référés (1). De même le juge compétent pour statuer en référé dans certains cas est non celui devant le tribunal duquel sera portée l'instance au principal, mais bien celui du lieu où doivent être faites les constatations au provisoire (2). Comment donc un tribunal pourrait-il déléguer à son président des pouvoirs qu'il ne possède pas lui-même ?

Le législateur a donc choisi le président du tribunal comme juge des référés parce qu'il était le magistrat qui, dans l'état actuel de l'organisation judiciaire, semblait le mieux qualifié, en raison des capacités juridiques qu'une telle fonction suppose, pour exercer une juridiction délicate ; mais il aurait pu également charger de cette mission un juge spécial.

On conteste parfois la compétence du président du tribunal civil pour statuer comme juge des référés en matière commerciale, en s'appuyant sur l'article 60 du décret du 30 mars 1908 ainsi conçu, « si le juge des référés ne croit pas pouvoir statuer seul, il peut, à raison de l'importance de la question et toutes choses

(1) Cass., 1^{er} juillet 1889 ; D. P., 1, 229.

(2) Cass., 18 décembre 1889 ; D. P., 91, 4, 382 ; — Chambéry, 25 mai 1896 ; D. P., 98, 2, 326. — Req., 22 j. 1901 ; 1, 94 ; — Civ., 4 mai 1910 ; D. P., 1910, 1385.

restant en état, renvoyer les parties devant le tribunal qui statue provisoirement comme juge des référés. »

Pratiquement, ce cas est excessivement rare. En effet le président statuant en référé a déjà pris, à Paris tout au moins où les placets des assignations lui sont remis avant l'audience (1), connaissance des différentes affaires qui lui seront soumises. A ce moment, s'il n'est pas sûr de sa décision, il peut consulter ses collègues, et pour n'être pas donné avec tout l'apparat et selon les formes usitées à l'audience, leur avis n'en aura pas moins sa valeur juridique. Veut-on dire que le juge des référés n'ose prendre sur lui seul la responsabilité de certaines décisions, et, qu'à cet effet il s'entoure des juges du tribunal ; c'est lui prêter beaucoup de pusillanimité. D'ailleurs ce renvoi devant ses collègues serait jusqu'à un certain point un aveu d'ignorance et il est bien rare qu'un magistrat fasse cet aveu.

Mais il n'est même pas besoin d'invoquer la rareté de ce renvoi devant le tribunal, il suffit d'examiner le caractère de la décision du tribunal substituée à celle du juge des référés pour se rendre compte qu'elle a absolument la même nature juridique que celle-ci. Elle est provisoire comme elle et ne saurait aucunement préjudicier au fond. La fin de l'article 60 précité

(1) En province, l'original de l'assignation est déposé soit au greffe, soit aux mains du commis-greffier, qui tient la plume de l'audience des référés et cela quelques instants avant le commencement de l'audience.

est très explicite à ce sujet, « il peut renvoyer les parties devant le tribunal qui statue provisoirement sur le fond ». Le tribunal fait donc simplement fonction de juge des référés, et il ne saurait joindre le provisoire au fond pour être statué par un même jugement sans commettre un véritable déni de justice (1). Le législateur se rendant compte de l'habitude contractée par le président du tribunal de rendre ses décisions de concert avec ses collègues n'a pas voulu lui ôter absolument ce concours que la pratique de la collégialité avait pu lui faire paraître indispensable dans certains cas. Peut-être même pourrait-on voir percer dans cette autorisation, dont le président peut user en pratique, la préoccupation de justifier dans certaines hypothèses délicates la supériorité si contestée du principe de la collégialité sur celui du juge unique. Dans tous les cas, il ne faut pas accorder une plus grande importance à l'article 60 du décret du 30 mars 1808 et croire que la compétence du tribunal civil, statuant comme juge des référés se justifie par une sorte de droit d'évocation. Il n'y a entre les deux juridictions aucune dépendance et on concluerait vainement à l'incompétence du juge des référés en matière commerciale en s'autorisant du principe de la séparation des juridictions civiles et commerciales qui ne s'applique qu'au fond du procès.

(1) Bioche, *Dictionnaire de procédure*, 14, p. 198.

CHAPITRE IV

ÉTAT DE LA JURISPRUDENCE SUR LA COMPÉTENCE DU JUGE DES RÉFÉRÉS EN MATIÈRE COMMERCIALE

Lorsqu'il détermine la sphère d'application du référé, l'article 806 envisage deux cas distincts : 1^o l'urgence ; 2^o les difficultés relatives à l'exécution d'un jugement. Malgré l'avis d'une partie de la doctrine (1) donnant à la conjonction « ou » qui sépare les deux hypothèses tout son sens disjonctif, nous estimons avec certains auteurs (2) et en nous appuyant sur la jurisprudence (3) que, même lorsqu'il s'agit de difficultés relatives à l'exécution d'un jugement, l'urgence est nécessaire pour justifier la compétence du juge des référés. La seconde hypothèse ne serait donc que la spécification d'un cas fréquent d'urgence.

(1) De Belleyme, *Ordonnances sur requêtes et référés*, t. I, p. 337 ; — Bodière, t. II, p. 385 ; — Bertin, t. II, N^o 81 ; — Bonfils, N^o 126 ; — Garsonnet et César Bru, t. VIII, § 2986.

(2) Bioche, *Dictionnaire de procédure*, N^o 6 ; — Chauveau sur Carré, t. VI, quest. 2754 ; — Bazot, p. 316 ; — Boitard, Colmet, Daage et Glasson, t. II, N^o 1067.

(3) Colmar, 12 août 1807 (P. et S.) ; — Grenoble, 1^{er} août 1842 ; S., 43, 2, 270 ; D., 44, 2, 180 ; — Cass., 3 juillet 1889 ; P., 90, 1, 1111 ; S., 90 1, 465.

Quoi qu'il en soit, il est à remarquer que la loi préconise la même solution dans les deux cas et qu'elle affirme la compétence du juge des référés. Il est intéressant, en ce qui concerne les affaires commerciales, de se rendre compte si la jurisprudence a observé cette unité de solution préconisée par la loi et pour cela nous envisagerons successivement les deux hypothèses prévues par l'article 806.

I. — De la compétence du juge des référés pour connaître des difficultés relatives à l'exécution des jugements des tribunaux de commerce.

L'article 442 du Code de procédure sous sa forme précise et catégorique : « les tribunaux de commerce ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements » est l'aboutissant d'une longue lutte qui mit autrefois aux prises les juridictions civiles et commerciales.

Après avoir été vives, jusqu'à en être parfois discourtoises (1), ces querelles s'apaisèrent bientôt et les tribunaux de commerce, lors de la discussion du Code, demandèrent eux-mêmes à être déchargés de la connaissance de leurs jugements que leur réservait la rédaction primitive. La commission restreignit alors la compétence aux incidents qui s'élèveraient pour emprisonnements faits en exécution de leurs jugements. Enfin cette réserve fut abandonnée et l'ar-

(1) Des placards apposés en 1698 reprochaient aux juges commerciaux de revendiquer leur compétence en matière d'exécution pour sauver les banqueroutiers, leurs complices.

ticle 442 refusa sans distinction aux tribunaux de commerce le droit de connaître de leurs jugements.

On justifiait cette incompétence des tribunaux de commerce en disant que les juridictions exceptionnelles n'avaient pas de territoire et que les tribunaux ordinaires avaient seuls l'« *imperium* » mais c'étaient là des maximes de féodalité se rattachant à une idée de justice seigneuriale, et qui, même à l'époque où elles étaient émises, étaient profondément inexactes, puisqu'un gardien du scel avait été institué en matière commerciale comme en matière civile et que, contrairement aux prétentions des juges du Châtelet, le sceau de la juridiction civile n'avait pas besoin d'être apposé sur les décisions des consuls.

La raison de cette incompétence des juges commerciaux, pour connaître de l'exécution de leurs jugements, doit plutôt être cherchée dans les motifs généraux qui ont fait choisir le président du tribunal civil comme juge des référés à raison des questions délicates que soulève une telle procédure.

De plus, comme le remarque Boucenne (2), « on conçoit que les juges institués pour connaître des contestations commerciales n'aient plus de juridiction à exercer lorsqu'ayant prononcé leur sentence, les difficultés s'élèvent à propos de son exécution, rien là qui puisse justifier l'intervention du tribunal excep-

(2) *Traité de procédure civile.*

tionnel, auquel certaines matières ont été attribuées en vue de son organisation particulière ».

Sans nous arrêter davantage à la justification de l'article 442, il suffit de constater que le principe qu'il contient est actuellement hors de toute discussion, mais il faut en déterminer exactement l'étendue, car de cette détermination dépendra l'importance de la juridiction des référés appliquée à cette matière.

L'interdiction des tribunaux de commerce de connaître de l'exécution de leurs jugements ne s'applique pas aux jugements préparatoires ordonnant une simple mesure d'instruction (1). Le jugement préparatoire n'est en effet pour les juges qu'un moyen d'éclairer leur religion, et il y aurait une source de retards considérables, bien contraire à l'esprit de l'organisation de la procédure commerciale, si l'on devait renvoyer devant le juge civil pour toutes les difficultés que peut soulever un jugement préparatoire. Le tribunal de commerce a donc le droit de prononcer sur la régularité de tous les actes d'instruction qui se font devant lui.

Il peut aussi apprécier la validité des oppositions aux jugements par défaut qu'il a rendus et statuer sur toutes les questions qui se rattachent à l'opposition formée devant lui (2).

(1) Marseille, 16 février 1892 ; — Jardin du Lorin, 1892, 1, 152 ; *Journal de jurisprudence commerciale et maritime*.

(2) 12 février 1890 ; S., 90, 1, 396.

Il peut connaître de la demande en péremption pour inexécution dans les six mois d'un de ses jugements par défaut, formée incidemment à l'opposition (1).

Sans avoir ici la prétention de chercher toutes les hypothèses soustraites à l'application de l'article 442, nous avons simplement essayé de déterminer, en l'éclairant de quelques exemples concrets empruntés à la jurisprudence, l'esprit de l'article 442 et nous pouvons conclure maintenant que cet article ne s'applique qu'aux difficultés qui peuvent naître à l'occasion de l'exécution considérée en elle-même et formant une procédure distincte (2). Mais ainsi précisé dans sa signification, l'article 442 s'applique très rigoureusement notamment en matière de saisie conservatoire (3), de saisie-arrêt en exécution d'un jugement commercial (4), d'opposition sur titres au porteur perdus ou égarés, conformément à la loi du 15 juin 1872 (5).

En présence d'une disposition aussi nette du Code de procédure et d'une jurisprudence aussi bien établie, une question se pose tout naturellement. Puisque

(1) Req., 4 mai 1869; D., 1869, 1, 518; — Bourges, 31 janvier 1873 D., 1874.

(2) Cass., 12 février 1890; S., 90, 1, 396.

(3) Cass., 22 août 1822; S., 1884, 1, 23; — Cass., 11 novembre 1885; D., 1886, 1, 68; S., 1886, 1, 198; — Grenoble, 16 mai 1893; D., 1893, 2, 392; — Paris, 11 mars 1892; D., 1893, 2, 85.

(4) Limoges, 4 juin 1856, aff. Lavaud; D. P., 57, 2, 4; — Orléans, 3 décembre 1859, aff. Pinsard; D. P., 60, 2, 9; — Cass., 13 mai 1884; aff. Cabaret; D. P., 85, 1, 21; — Paris, 28 février 1885, aff. Volf; D. P., 86, 2, 218.

(5) Paris, 28 février 1884; D., 1885, 1, 21; S., 1885, 1, 343.

les tribunaux de commerce ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements, qui en connaîtra ? L'article 553 (C. de procédure) nous répond : « les contestations élevées sur l'exécution des jugements des tribunaux de commerce seront portées au tribunal de première instance du lieu où l'exécution se poursuivra ». Il s'agit là évidemment d'une disposition conçue en dehors de toute idée d'urgence.

En cas de célérité, l'article 554 dispose que le tribunal du lieu statuera provisoirement et renverra la connaissance du fond au tribunal d'exécution.

Or, nous avons vu qu'en cas d'urgence, le juge des référés était compétent d'une façon générale pour statuer sur les difficultés relatives à l'exécution d'un jugement. L'article 806 qui envisage cette hypothèse fait-il donc double emploi avec l'article 554 du Code de procédure et en est-il exclusif ? En réalité, chacun de ces articles envisage un degré d'urgence différent et de même que l'article 806 (Code de procédure civile) se concilie avec l'institution de la procédure sommaire usitée lorsqu'un procès exige célérité, de même lorsqu'il s'agit d'affaires commerciales ce même article 806 n'est aucunement en contradiction avec l'article 554 qui envisage un cas d'urgence moins pressant. En aucune matière en effet le législateur ne s'est montré aussi soucieux des nuances que lorsqu'il s'est agi de déterminer les différents degrés de célérité que pouvait comporter une affaire soit civile, soit

commerciale. Il est vrai que la ligne de démarcation entre ces différents degrés n'est pas très nettement établie et que dans la pratique on est obligé de s'en rapporter à l'appréciation souveraine des juges qui, en général moins soucieux des nuances que le législateur, ont dans un but de simplification groupé en deux catégories les différentes affaires portées devant eux : celles dont le caractère d'urgence est manifeste et celles qui ne comportent pas ce caractère. Dans le premier cas, la compétence du juge est admise ; dans le second on suit les règles de la procédure ordinaire.

Partant de cette distinction, on comprend facilement que l'article 554, correspondant à une notion d'urgence assez imprécise, soit d'une application très rare en présence de l'article 806. Mais ce qui est le plus intéressant, étant donné la position que nous avons prise dans cette thèse, c'est de montrer par les décisions de jurisprudence rendues à ce sujet, que l'article 554 n'est aucunement destiné à remplacer l'article 806 lorsqu'il s'agit d'affaires commerciales, en d'autres termes que la compétence du juge des référés s'étend à la connaissance des difficultés relatives à l'exécution des jugements des tribunaux de commerce.

Cette question se pose d'ailleurs d'une façon beaucoup plus générale puisque les affaires commerciales ne sont qu'un des cas visés par l'article 806 qui

s'étend également aux arrêts des Cours d'appel (1), de sorte qu'on peut conclure des dispositions générales de certains arrêts qu'ils s'appliquent également aux affaires commerciales.

A ce point de vue, on peut citer un arrêt de la Cour de cassation rendu toutes chambres réunies, le 16 janvier 1899 (2) et qui, en raison de la solennité dont il fut ainsi entouré, semble avoir fixé définitivement la jurisprudence (3). « Attendu », y est-il dit, « qu'aux termes de l'article 806 (Code procédure civile) le juge des référés est compétent pour statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre, d'un jugement ; qu'en cette matière son attribution est aussi étendue que possible et que l'expression « jugement » s'applique à toutes les décisions judiciaires, quel qu'en soit l'objet. »

Mais en dehors même de ces consécérations implicites de la jurisprudence, nous trouvons des arrêts qui, envisageant le cas particulier qui nous intéresse, ont affirmé explicitement la compétence du juge des référés pour connaître de l'exécution des jugements des tribunaux de commerce (4).

(1) Cass., 1^{er} juillet 1889, 25 et 26 janvier 1889 ; — *Gazette*, 28 août 1899 ; — Favard et Langlade, t. IV, p. 777 ; — Thomine Desmazures, t. II, p. 399.

(2) 26 janvier et 25 février 1899 ; — *Gaz. des Tribunaux*, 28 avril 1899.

(3) Paris, cass., 28 mai 1906 ; — *Gaz. des Tribunaux*, 1^{er} juin 1906 ; — Alger, 9 juin 1909 ; — *La Loi*, 1909, p. 697.

(4) Paris, 26 décembre 1888 ; *Journal des Avoués*, 1889, p. 58 ; Tribunal civil de Nantes, 31 mai 1912 ; — *Gaz. du Palais*, 1912, 2, 273.

Les restrictions apportées à cette compétence proviennent d'une question d'interprétation, mais non d'une question de principe. On admet ainsi généralement que le juge des référés est incompetent pour arrêter l'exécution d'un jugement du tribunal de commerce ayant acquis l'autorité de la chose jugée en accordant un délai au débiteur poursuivi en vertu de ce jugement (1), ou pour ordonner un sursis relativement à une saisie conservatoire autorisée par le président du tribunal de commerce (2). Mais bien que la jurisprudence ne soit pas unanime (3) à ce sujet, on convient que le juge des référés peut ordonner la discontinuation des poursuites pour permettre au défendeur de faire décider par la Cour d'appel la question de savoir si l'exécution provisoire de ce jugement doit être ordonnée avec ou sans caution (4). On ne saurait rien conclure d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris, 7^e ch., 1^{er} août 1908 (*Droit*, 6 septembre 1908), admettant la compétence de la juridiction commerciale pour connaître d'une contestation sur la validité d'un nantissement, car il ne s'agit pas là d'une difficulté relative à l'exécution d'un jugement.

(1) Paris, 24 avril 1866; D., 66, 2, 82; — Bordeaux, 29 décembre 1879, p. 80, 787; S., 80, 2, 175; — Paris-Alger, 9 juin 1909; — *La Loi*, 1909, p. 697; — Alger, 16 septembre 1910; — *Droit*, 27 novembre 1910.

(2) Pau, 11 mai 1897; — *La Loi*, 24 juillet 1897.

(3) Toulouse, 29 novembre 1832; S., 33, 2, 248; D., 33, 2, 47; — Paris, 2 juin 1833; D., 83, 2, 141.

(4) Alger, 16 septembre 1910; — *Droit*, 27 nov. 1910; — *Gazette*, 1^{er} décembre 1910.

On peut considérer comme une exception importante aux principes de l'article 806 donnant au président des référés compétence exclusive pour statuer sur les difficultés d'exécution des jugements, cette disposition de l'article 18 de la loi du 17 mars 1909 en vertu de laquelle tout créancier qui exerce des poursuites de saisie-exécution sur un des éléments du fonds de commerce peut demander devant le tribunal de commerce dans le ressort duquel s'exploite le fonds, la vente du fonds de commerce avec le matériel et les marchandises qui en dépendent. Mais ce n'est là qu'une exception introduite par une loi spéciale qui n'infirme en rien le principe nettement établi dans l'article 806 et confirmé par la jurisprudence, de la compétence du juge des référés quand il s'agit de difficultés d'exécution des jugements de tribunaux de commerce.

D'ailleurs, la jurisprudence sur ce point est traditionnaliste, car dans l'ancien droit la compétence du prévôt de Paris, statuant comme juge des référés était universellement reconnue quand il s'agissait de statuer sur les difficultés d'exécution des jugements. La tradition a été suivie d'autant plus facilement que l'article 442 (Code pr.) excluant catégoriquement la compétence des tribunaux de commerce pour connaître de l'exécution de leurs jugements, on ne pouvait invoquer le principe de la séparation des juridictions civile et commerciale ; mais nous allons voir que dans l'autre hypothèse (celle de l'urgence) et en dépit

de l'illogisme qu'il y a à adopter des solutions différentes dans deux cas étroitement assimilés par l'article 806, la jurisprudence, après des hésitations, a fini par consacrer le principe de l'incompétence du juge des référés en matière commerciale.

II. — De la compétence du juge des référés pour connaître en cas d'urgence des litiges commerciaux.

Il semble qu'on puisse distinguer deux périodes dans l'histoire de la jurisprudence, sur cette question de la compétence du juge des référés pour connaître en cas d'urgence des litiges commerciaux.

Dans la première, à laquelle met fin un arrêt de la Cour de cassation, en date du 1^{er} décembre 1880, il semble qu'aucun principe fixe ne dirige les décisions des tribunaux. Les deux thèses, celle de la compétence du juge civil et celle de l'incompétence, trouvent dans les arrêts contradictoires (1) qui sont rendus des motifs de s'opposer et de subsister concurremment. C'est la période des décisions abondamment motivées et des exposés juridiques complets sur la question. Toutefois, on peut remarquer dès cette époque un fléchissement de la thèse de la compétence du juge

(1) *Pour la compétence du juge des référés* : Nancy, 6 juillet 1850 ; D., 51, 2, 112 ; — Douai, 12 j. 1852 ; D., 53, 2, 54 ; — Paris, 11 nov. 1867 ; S., 68, p. 68, 174 ; — Rouen, 3 déc. 1867 ; p. 68. 2, 959 ; — Paris, 27 janv. 1879 ; p. 79, 1, 212.

Pour l'incompétence : Paris, 24 sept. 1823 ; 18 mars 1830 ; 17 août 1850 ; — Paris, 30 août 1849 ; D., p. 50, 5, 401 ; — Amiens, 26 mai 1875 ; D., p. 76, 2, 68.

des référés en matière commerciale. Cette situation était évidemment fâcheuse, et elle aboutissait à une réelle instabilité judiciaire. Aussi la Cour de cassation y met-elle fin, en cassant le 1^{er} décembre 1880, un arrêt de la Cour de Grenoble rendu le 30 avril 1879. Les considérants de cet arrêt ne sont pas très développés ; mais lorsque la Cour de Chambéry rendit le 15 juin 1881 (D., 81, 1, 5), son arrêt sur le renvoi de la chambre civile de la Cour de cassation, elle entendit rassembler tous les arguments jusqu'alors invoqués contre la compétence du juge des référés, et donner à son exposé le caractère définitif d'une véritable théorie juridique. « Attendu que de l'ensemble et du rapprochement des diverses dispositions de la loi sur l'organisation de la juridiction des référés, résulte la preuve que le législateur n'a pas entendu modifier le principe que le juge de l'action principale est seul compétent pour statuer sur les mesures provisoires qui s'y rattachent ; — qu'il ressort, en effet, des termes de l'article 807 du Code de pr. civ., qu'en général, et sauf les cas exceptionnels d'urgence prévus par l'article 801, les jours d'audience assignés aux référés sont fixés par le tribunal même auquel appartient le magistrat qui doit les tenir ; — qu'en outre, suivant une jurisprudence constante, basée notamment sur le 1^{er} paragraphe de l'article 60 du décret du 30 mars 1808, le juge des référés a le droit de renvoyer les causes dont il est saisi en cette qualité, à l'audience

du tribunal, appelé à statuer dans les conditions mêmes qui régissent la juridiction des référés ; — qu'il suit de là que la compétence du juge des référés quant à la matière est régie par les mêmes règles, circonscrite dans les mêmes limites que celles du tribunal dont il fait partie, et que cette compétence cesse d'exister dès lors que le tribunal est lui-même dépouillé du droit de statuer sur le fonds du litige.

Attendu qu'on invoquerait vainement les expressions « dans tous les cas d'urgence » contenues dans l'article 806 du Code de pr. civ., pour soutenir que la juridiction des référés est investie d'une compétence absolue et générale, indépendante de celle du tribunal de première instance, et s'étendant à toutes les matières dont le caractère d'urgence appelle une solution immédiate et provisoire ; — qu'il est constant « que cette doctrine est inapplicable lorsqu'il s'agit de matières administratives ou de causes ressortissant à la juridiction des juges de paix » ; — qu'à cet égard, une jurisprudence formelle n'autorise aucun doute, et qu'en l'absence de tout texte précis, aucune considération juridique ne justifie son application aux matières commerciales ; — qu'il n'est point, en effet, exact de prétendre que si le président du tribunal civil cessait d'être compétent comme juge des référés pour les causes de cette nature dont le caractère d'urgence est établi, la loi contiendrait une lacune regrettable et funeste aux plus graves intérêts ; — que cette lacune

n'existe pas, et que des dispositions précises ont été édictées en faveur des affaires commerciales, dont l'urgence appelle la solution immédiate, que le juge des référés a qualité pour donner dans les causes civiles ; — qu'en effet, les articles 417 et 418 du Code de procédure civile ont pourvu à ces exigences en autorisant les assignations de jour à jour, et d'heure à heure, et même, en certains cas exceptionnels, sans aucune ordonnance préalable du juge ; — qu'à la suite ce n'est plus devant un juge unique, mais devant les trois juges composant le tribunal de commerce que doit, dans ce cas, être portée la cause ; mais qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter à l'objection qu'il est plus difficile de réunir trois magistrats qu'un seul, cette difficulté étant plus apparente que réelle, et la constitution régulière du tribunal pouvant toujours être obtenue dans un temps assez court pour les besoins les plus urgents ; que la disposition essentielle est celle qui permet l'abréviation des délais et des formes de procédure, et qu'à cet égard les articles 417 et 418 précités donnent aux intérêts qu'ils ont en vue une satisfaction complète et absolue ; — que l'exactitude de cette thèse est encore démontrée par la nature même des affaires auxquelles s'applique spécialement la disposition de l'article 418 : Affaires urgentes « au premier chef, et dans des conditions tellement exceptionnelles que le législateur devait évidemment leur réserver le mode de procédure le plus sommaire et le plus

rapide, et pour lequel il n'a nullement songé à la juridiction du référé ».

Sans étudier cet arrêt dont tous les arguments ont été critiqués précédemment, on peut dire qu'il fixe la jurisprudence dans le sens de l'incompétence du juge des référés en matière commerciale, et toutes les décisions judiciaires postérieures se contenteront d'en reproduire les dispositions élémentaires. Il faut convenir que cette suite d'arrêts (1), inspirés du même esprit, forme à notre thèse un commentaire désobligeant, et qui ne laisse pas parfois d'être impressionnant. En effet, ces décisions émanées de tribunaux de tous ressorts : Tribunal civil, Cour d'appel, Cour de

(1) Paris, 2 janv. 1883 ; D., 83, 2, 141 ; — Paris, 9 mars 1883 ; D., 84, 2, 66 ; S., 84, 2, 102 ; — Cass., 26 juillet 1887 ; P. 87, 1, 325 ; — Paris, 5 mai 1888 ; D. P., 88, 5, 415 ; D. P., 88, 11, 286 ; — Orthez, 24 févr. 1892 ; *La Loi*, 1892, p. 590 ; — Paris, 26 juillet 1892 ; D. P., 92, 2, 544 ; — Paris, 9 août 1892 ; D. P., 1893, 2, 220 ; — Bordeaux, 1893 ; 5, 96, 2, 15 ; — Paris, 28 janv. 1893 ; S. et P., 1896 ; 2, 15 ; — Grenoble, 23 févr. 1914 ; D. P., 95, 2, 66 ; — Paris, 7 juin 1894 ; D. P., 98, 2 ; — Paris, 19 juin 1895 ; D. P., 95, 1, 512 ; — Cass. civ., 25 juillet 1895 ; P. F., 1896, 1, 125 ; — Orléans, 1896, 30 oct. ; P. F., 1897, 2, 263 ; — Paris, 3 janv. 1898 ; *Gaz. des Trib.*, 12 mai 1898 ; — Tribunal de la Seine, 25 mai 1901 ; *Le Droit*, 20 mars 1902 ; — Bordeaux, 14 janv. 1901 ; D. P., 1903, 2, 509 ; — Paris, 24 mai 1902 ; *Recueil Gaz. des Trib.*, 1902, 2, 67 ; — Paris, 31 oct. 1902 ; même recueil, 1903, 2, 222 ; — Paris, 15 avril 1904 ; *Droit*, 12 juin 1904 ; — Paris, 6 juillet 1904 ; *Droit*, 7 déc. 1904 ; — Paris, 28 déc. 1905 ; *Gaz. des Trib.*, 17 mars 1906 ; — Paris, 2 janv. 1906 ; *Droit*, 11 avril 1906 ; — *Gaz. des Trib.*, 17 mars 1906 ; — Douai, 9 janv. 1907 ; *Jurispr.*, Douai, 1907, p. 311 ; — Paris, 1^{re} ch., 1^{er} août 1908 ; *Gaz. des Trib.*, 29 août 1908 ; — Paris, 17 déc. 1909 ; *Le Droit*, 13 avril 1910 ; — Paris, 28 déc. 1909 ; S. et P., 1910, 2, 169 ; — Lyon, 3^e ch., 25 mai 1910 ; *Gaz.*, 15 nov. 1910 ; — Alger, 16 sept. 1910 ; *Gaz.*, 1^{re} déc. 1910 ; — Poitiers, 26 juin 1911 ; *La Loi*, 1911, p. 771 ; — Paris, 24 juillet et 23 déc. 1911 ; P. F., 1912, 2, 48 ; — Alger, 26 oct. 1912 ; *Journ. du Trib. d'Alger*, 5 févr. 1913 ; — Paris, 15 oct. 1913 ; *La Loi*, 1913, p. 39.

cassation, sur toutes les espèces où entre un élément commercial quelconque : nomination de sequestre, contrat de transport, nantissement des fonds de commerce, etc..., forment une jurisprudence constante, dont le caractère catégorique s'affirme chaque jour de plus en plus par le peu de souci que prennent les tribunaux de notifier leurs arrêts « considérant que d'une façon générale le juge des référés est incompétent en matière commerciale, et qu'il en est ainsi, même en cas d'urgence (1) ». On n'est pas plus affirmatif ni moins démonstratif. Aussi le juge des référés se montre-t-il très circonspect (2), et à maintes reprises, nous avons pu nous rendre compte du pouvoir magique de ces deux mots « matière commerciale » qui provoquent de sa part, de façon pour ainsi dire automatique, la déclaration d'incompétence.

Il est intéressant cependant de mettre en regard de cette opinion de la jurisprudence française qui a fini par devenir unanime, celle de la jurisprudence belge sur la même matière. Etant donné que le Code de commerce français est resté en vigueur en Belgique après sa séparation d'avec la Hollande (révolution de 1830), qu'il n'a subi que des modifications de détail limitées par des lois spéciales, et que notre article 806 y régit toujours la matière des référés, cet examen de la jurisprudence belge peut servir de

(1) Paris, 2 janv. 1906 ; *Droit* du 11 avril 1906.

(2) Audience des référés, 26, 27, 28, 29 mai 1901 ; *Le Droit*, 1901.

contre-épreuve. Or, nous voyons que cette jurisprudence a été unanime à maintenir, concurremment avec les simplifications apportées à la procédure commerciale, l'application constante de l'article 806 aux affaires commerciales, par une sage interprétation des intentions du législateur.

Le seul point sur lequel elle ait varié, et que nous étudierons dans la seconde partie de cette thèse a été celui de l'attribution de compétence ; mais la possibilité du référé dans les matières commerciales y a toujours été admise (1) ; et cette pratique constante qui s'oppose à la nôtre nous permet de critiquer le bien fondé de cette dernière, telle qu'elle a prévalu depuis 1880.

En France même, l'unanimité de la jurisprudence à considérer comme un point acquis l'incompétence du juge des référés en matière commerciale, s'affirme à des degrés différents. Les uns considèrent cette incompétence comme absolue, les autres comme relative ; et si l'on veut comprendre toute l'importance d'une semblable distinction, il suffit de se rapporter à

(1) Bruxelles, 14 févr. 1866 ;	1866, II, 95.
Gand, 22 avril 1868 ;	II, 289.
Bruxelles, 11 juin 1889 ; <i>Belg. judic.</i> ,	1889.
Liège, 31 mai 1873 ;	— 1873, II.
Bruxelles, 13 mars 1874 ;	— 1874, II.
Bruxelles, 3 déc. 1873 ;	— 1874, II.
Bruxelles, 22 déc. 1873 ;	— 1874, II.
Bruxelles, 23 janv. 1889 ;	— 1889, II.
Liège, 1 ^{er} juin 1889 ;	— 1889, II.

un arrêt de la Cour d'Alger du 27 avril 1904 (1) qui semble vouloir en épuiser toutes les conséquences juridiques : « Sur le caractère de l'incompétence en matière commerciale du juge des référés, attendu que cette incompétence est comme celle du juge d'exception pour les affaires qui n'entrent pas dans ses attributions, matérielle, absolue, d'ordre public ; — sur ses effets, attendu qu'il n'est pas en conséquence permis aux parties d'y déroger, de transiger sur cette incompétence, d'y renoncer, qu'ils peuvent l'invoquer en tout état de cause, devant toute juridiction, tant qu'elle n'a pas été écartée par une décision ayant acquis à cet égard l'autorité de la chose définitivement jugée ; qu'elle doit être suppléée d'office dans le silence des parties par les tribunaux. »

On peut conclure de cet arrêt par un argument « *a contrario* » que la nullité relative diffère de la nullité absolue par les particularités suivantes :

- 1° Elle doit être proposée *in limine litis* ;
- 2° Le ministère public ou le tribunal ne seraient pas autorisés à y suppléer ;
- 3° Les parties pourraient y déroger expressément ou tacitement.

Il nous est difficile de porter un jugement désintéressé sur la question de savoir quelle est la nature de l'incompétence du juge des référés, puisque nous nous

(1) Alger, 27 avr. 1904 ; D., 2, 310.

sommes efforcés de démontrer que cette incompétence n'existait ni historiquement, ni juridiquement ; mais étant donné que la pratique judiciaire a posé nettement le problème, nous chercherons à le résoudre à la lumière des principes dans lesquels les tenants des deux opinions ont cherché une base juridique de leur conviction.

L'argument invoqué par les partisans de l'incompétence relative se trouve analysé de façon assez précise dans un arrêt de la Cour de Paris, en date du 19 janvier 1882 (1), dont nous reproduisons ici le passage essentiel : « La Cour, sur l'exception d'incompétence, considérant que pour les matières que le Code de procédure soumet à sa compétence, le juge des référés participe de la plénitude de juridiction qui appartient au Tribunal civil ; qu'en supposant qu'il soit incompétent pour statuer sur des matières commerciales, cette incompétence n'est ni absolue, ni d'ordre public ; qu'elle doit donc être proposée préalablement à toutes autres exceptions et défenses. »

Nous retrouvons donc ici une application de ce principe, déjà discuté lorsque nous avons cherché à démontrer l'indépendance existant entre la juridiction du référé et la juridiction du fond, à savoir que le juge du provisoire ne saurait être autre que le juge du fond. Cette opinion, qui a pour elle l'avantage

(1) Paris, 1^{re} ch., 19 janv. 1882 ; S., 83, 2, 127.

d'avoir été soutenue par des esprits éminents (1), ne nous convainc pas entièrement ; car, outre qu'elle préjuge d'une question qui est loin d'être tranchée, à savoir si l'incompétence des tribunaux civils pour connaître des causes commerciales est absolue ou relative (2), elle tend à faire réagir sur le provisoire les principes qui régissent le fond. Or, nous avons vu que, bien que se mouvant dans les mêmes limites, les deux juridictions du référé et du fond sont différentes dans leurs principe et dans leurs effets.

Aussi, malgré la tentation que nous pourrions éprouver d'admettre la solution la moins défavorable à la compétence du juge des référés en matière commerciale, puisqu'un simple accord des parties serait attributif de cette compétence, il nous semble d'une logique plus rigoureuse, en faisant abstraction de nos préférences personnelles, de nous arrêter à l'argument invoqué par MM. Lyon-Caen et Renault, en faveur de l'incompétence absolue (3). Si, en effet, nos lois avaient créé des dispositions spéciales destinées à remplacer en matière commerciale la juridiction des

(1) Garsonnet, *Traité de procédure civile*, § 2989 ; -- Boitard, Colmet Daage et Glasson, t. II, N° 1067 ; *Précis théorique de procédure civile*, t. I, p. 322 ; — Glasson, *Précis de procédure civile*.

(2) V. note de M. Tissier, en bas d'un arrêt du tribunal de Toulouse, en date du 11 janv. 1892 ; S. 93, 2, 17.

(3) Lyon-Caen et Renault, *Traité de Dr. comm.*, t. I, N° 449 bis ; — V. en ce sens De Polpe, *Etude sur la compétence civile* ; — Mingulsac, *Ordonnances sur requête et référés*, t. I, p. 31 ; — Garsonnet, II, § 400 ; — Bonfils, 373.

référés, il ne saurait dépendre de la volonté des parties de « conférer à un magistrat le droit d'exercer une juridiction qui n'existe pas ».

Il faut donc choisir entre ces deux thèses extrêmes : ou bien admettre la compatibilité des mesures spéciales édictées par le législateur en faveur des affaires commerciales avec le fonctionnement de la juridiction des référés, ou dénier dans tous les cas la compétence du juge des référés en matière commerciale comme s'appliquant à des procès pour lesquels elle n'a pas été faite.

Nous allons voir quel parti a adopté la jurisprudence.

L'arrêt de la Cour de cassation de 1880, en affirmant catégoriquement l'incompétence absolue du juge des référés en matière commerciale, ne pouvait manquer d'exercer une profonde influence sur la jurisprudence postérieure, et il est facile de se rendre compte par un relevé sommaire des derniers arrêts rendus (1) que cette influence s'est fait sentir jusqu'à nos jours.

Mais à côté, et parallèlement à ces arrêts qui envisagent la question de l'incompétence sous cet aspect antithétique et concluent à une incompétence absolue,

(1) Paris, 3 mai 1893; D., 1893, 2, 237; — Paris, 13 févr. 1902; D., p. 1903, 2, 509; — Alger, 27 avr. 1904; D. P., 1905, 2, 310; — Paris, 6 juillet 1904; *Gaz. des Trib.*, 10 août 1909; — Paris, 7 juillet 1904; D. P., 1905, 5, 3; — Lyon, 25 mai 1910; S., 1911, 2, 37; — Paris, 24 juillet et 23 déc. 1911; P. F. 1912, 2, 48; — Riom, 30 oct. 1913, 2^e ch.; *Gaz. du Pal.*, 22 nov. 1913; *Le Droit*, 12 nov. 1913; *Gaz. des Trib.*, 16 déc. 1913.

il s'est développé une jurisprudence qui, soucieuse de se modeler sur les besoins de la pratique, n'osant rompre cependant avec une tradition judiciaire nouvelle, mais assez affermie, a cherché à corriger la rigueur juridique d'un système trop sévère dans ses effets, en concluant à l'incompétence purement relative du juge des référés. On peut même dire qu'actuellement cette solution tend à prédominer (1), et que certaines cours, notamment celle de Rennes (2), en ont fait la règle générale de leurs décisions.

Il est facile de saisir dans ce fléchissement des principes, très discutable au point de vue juridique, une première tendance à s'acheminer vers une solution que la pratique commerciale a toujours exigée ; et cette tendance nous semble prendre une certaine consistance juridique dans cette théorie du contrat judiciaire invoquée dans certaines décisions des tribunaux. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Rennes, en date du 26 juillet 1905 (3), assimile à un véritable contrat judiciaire attributif de compétence, le fait pour une des parties de n'avoir pas soulevé dès le début du

(1) Paris, 19 janv. 1883 ; S., 1883, 2, 127 ; — Rouen, 8 mai 1886 ; S., 1888, 2, 236 ; P., 1888, 1, 138 ; — Paris, 28 janv. 1893 ; S., 1896, 2, 15 ; — Paris, 19 juin 1896 ; S., 96, 2, 15 ; — Bordeaux, 14 janv. 1901 ; D. P., 1903, 2, 509 ; — Paris, 15 avr. 1904 ; *Gaz. des Trib.*, 12 juin 1904 ; — Rennes, 6 déc. 1904 et 26 juillet 1905 ; *Droit* du 1^{er} sept. 1906 ; — Paris, 28 déc. 1909 ; S. et P., 1910, 2, 169 ; *La Loi*, 1910, p. 2 ; — Rennes, 13 janv. 1913 ; *Droit* du 17 avr. 1913.

(2) Rennes, 6 déc. 1904 ; 26 juillet 1905 ; 13 janv. 1913, précités.

(3) Rennes, 26 juillet 1905 ; *Droit*, 1^{er} sept. 1905.

procès l'exception d'incompétence : « Considérant que Pinon en saisissant le président du tribunal civil en référé a saisi la juridiction civile, que Laboux a accepté le débat devant cette juridiction, qu'il s'est ainsi formé entre les parties un véritable contrat judiciaire... » Cette idée de contrat judiciaire semble un merveilleux instrument pour élargir la compétence du juge des référés en matière commerciale, et nous allons voir que la jurisprudence en a tiré profit, en reconnaissant aux parties le droit, avant toute contestation, de s'engager à faire trancher, par le juge des référés, les différends qui pourraient les diviser, à l'occasion de la réalisation d'un gage commercial. Nous lisons en effet dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 décembre 1909 (1), validant une ordonnance de référé du président du tribunal civil de Versailles sur les motifs suivants : « Considérant que le titre des consorts Gohaux stipulait expressément qu'à défaut de paiement, ils auraient le droit de faire ordonner en justice qu'il serait procédé à la vente aux enchères publiques par officier ministériel nommé par le président du tribunal civil de Versailles ; que d'autre part, le juge des référés a compétence pour régler le mode de vente dans l'intérêt commun de toutes les parties lorsqu'il n'existe aucune contradiction sur la nécessité de la vente des objets donnés en nantissement. »

(1) 28 déc. 1909 ; *La Loi*, 1910, p. 2.

On voit par la différence des deux espèces envisagées les progrès réalisés par cette idée de contrat judiciaire. Dans le premier cas, il s'agit d'un débat actuel, et le pouvoir accordé aux parties de déroger par leur accord dans une hypothèse concrète aux règles de la compétence peut être admis assez facilement si l'on considère comme relatives les règles de la compétence. Dans le second cas, au contraire, il s'agit d'une dérogation générale et, pour ainsi dire, systématique, aux règles de la compétence, puisqu'aucune contestation n'est encore née. Bien plus, cette dérogation peut ne pas provenir du libre consentement des parties. Il se peut que l'une d'entre elles ait imposé à l'autre ce recours au juge des référés comme condition de son engagement ?

Que devient alors la règle de l'incompétence, s'il suffit, pour l'écarter, d'une simple clause qui risque de se généraliser étant donné l'intérêt qu'elle peut présenter dans certains cas ?

D'ailleurs, sur d'autres points encore, la jurisprudence nous semble soucieuse d'interpréter très restrictivement le principe de l'incompétence du juge des référés en matière commerciale.

Un des exemples très souvent cité de cette interprétation restrictive est celui de l'arbitrage lorsqu'il s'agit de contestations entre associés. Il est vrai que la loi du 17 juillet 1856, en supprimant le caractère obligatoire de cet arbitrage, en a réduit par le fait

même les applications. Mais ce qu'il importe ici, c'est bien moins d'envisager l'importance pratique de certains résultats que d'en interpréter le sens ; et à ce point de vue l'arrêt rendu par la Cour de Bordeaux le 18 mai 1898 (1) nous semble intéressant, à cause des termes généraux dans lesquels il est conçu : « Attendu en droit » y est-il dit, « que si en principe le juge des référés est incompétent pour ordonner des mesures provisoires d'un caractère commercial, cette règle n'est pas applicable dans le cas d'urgence, et lorsque la mesure réclamée n'implique ni ne préjuge aucune question d'ordre commercial ».

« Qu'aux termes de l'art. 51 C. com., toute contestation entre associés et pour raisons de la Société doit être jugée par des arbitres, que par conséquent le tribunal de commerce n'aurait pas juridiction au cas particulier, puisqu'il s'agit d'une difficulté entre associés ».

En réalité, comme l'indique la seconde partie de cette citation, il s'agit de matières soustraites à la compétence des juges commerciaux ; mais ce qu'il y a d'intéressant dans cet arrêt et dans certains autres rendus sur le même sujet (2), ce sont les termes généraux dans lesquels ils sont conçus : On y trouve affirmée en cas d'urgence la compétence du juge des

(1) Bordeaux, 18 mai 1898 ; *Droit* du 9 octobre 1898 ; *Journal des Arrêts de Bordeaux*, 1898, p. 366.

(2) Nancy, 6 juin 1850 ; *D. P.*, 51, 2, 112.

référés, lorsque la mesure réclamée n'implique ni ne préjuge aucune question d'ordre commercial.

On peut citer à ce point de vue un arrêt récent de la Cour d'appel de Rouen (1). Le président du tribunal civil du Havre, statuant en référé, avait sur la demande de Boelm, commerçant en maroquinerie, ordonné la démolition des clôtures exigées par les règlements de la ville pour les constructions, mais qui empêchaient les clients de Boelm de se rendre en son magasin.

La Société des Grands Bazar et des Galeries du Havre fit appel, et le tribunal de Rouen infirma l'ordonnance en question, mais simplement parce qu'elle faisait préjudice au principal, et non pas parce qu'elle était intervenue entre commerçants. Les considérants sont curieux, car ils semblent admettre la compétence du président du tribunal civil pour ordonner une expertise en matière commerciale :

« Attendu que Boelm avait la faculté d'agir en référé pour faire constater immédiatement par une expertise l'état de fait résultant des travaux entrepris, afin d'avoir une base à l'action qu'il se propose d'intenter, mais qu'il ne peut pas par cette voie faire consacrer un droit qui est absolument contesté par ses adversaires ».

Il ne s'agit là, il est vrai, que d'une contestation de fait, n'impliquant aucunement une appréciation sur

(1) Rouen, 23 nov. 1910; *Le Droit*, 14 janv. 1911.

un point commercial ; mais il est très difficile de faire le départ ; car on admet généralement que certains actes n'ayant pas par eux-mêmes le caractère commercial, le prennent par le seul fait qu'ils sont accomplis par des commerçants.

En matière de communication de pièces ou registres de Sociétés commerciales, la jurisprudence a encore eu occasion de manifester le sens restrictif qu'elle attachait au principe de l'incompétence du juge des référés en matière commerciale. Plusieurs arrêts ont notamment reconnu au juge des référés le droit d'autoriser des actionnaires à prendre communication des livres d'une Société commerciale (1), et même à prendre des notes ou faire des copies des pièces communiquées (2). Si l'on se range à l'opinion communément admise (3) et qui considère comme un acte de commerce la souscription d'actions dans une Société, il faut convenir que la jurisprudence avait dans ce cas non seulement élargi les règles de l'interprétation, mais encore consacré une véritable dérogation au principe de l'incompétence du juge des référés en matière commerciale. La Cour de cassation s'en est émue, et par un arrêt de sa Chambre civile, en date

(1) Lyon, 17 nov. 1869, Aff. Decour ; D. P., 74, 2, 133 ; — Bordeaux, 1893 ; D. P., 93, 2, 523.

(2) Tribunal de la Seine, 20 et 24 mars 1883 ; D., 84, 3 ; — *Revue des Sociétés*, 1884, p. 385.

(3) Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit comm.*, t. II, N° 470, 559, 856.

du 15 juillet 1895 (1), elle a cassé l'arrêt de la Cour de Bordeaux qui consacrait cette dérogation, et a subordonné implicitement la compétence du juge des référés à une distinction parfaitement rationnelle, basée sur la nature et le caractère de la communication demandée.

La loi de 1867 qui régit les Sociétés envisage en effet deux hypothèses qui procèdent d'un point de départ tout à fait différent et sont visées dans les articles 28 et 35. L'article 28 est une disposition d'ordre public indépendante de la qualité des intéressés, et concernant certaines communications qui devront être faites à *tout requérant*. La demande tendant à obtenir ces communications pourra donc être portée devant le juge des référés. L'article 35 au contraire réserve aux seuls associés le droit de prendre au siège social communication de l'inventaire et de la liste des actionnaires, comme aussi de se faire délivrer copie des bilans résumant l'inventaire et le rapport des commissaires. La demande fondée sur ce texte a donc bien, à la différence de celle basée sur l'art. 28, tous les caractères d'une contestation entre associés, c'est-à-dire d'un litige commercial échappant par sa nature à l'appréciation des tribunaux civils, et par identité de motifs, du juge des référés.

Sur un autre point cependant, les audaces de la

(1) Cass., 25 juillet 1895 ; D. P., 96, 1, 181.

jurisprudence ont été plus heureuses ; car elles ont reçu une véritable consécration législative ; c'est en ce qui concerne les oppositions faites en vertu de la loi du 17 mars 1909 sur le prix résultant de la vente d'un fonds de commerce. On sait les facilités accordées par la loi de 1909 aux créanciers d'un commerçant, pour se faire payer sur le prix de la vente du fonds de commerce qui constitue leur gage. Ils ne sont pas astreints, comme les créanciers civils, à justifier d'une créance liquide et à faire opposition selon certaines formes rigoureusement déterminées ; mais cette faveur dissimule un véritable abus. Combien d'oppositions ne sont qu'un moyen de vexation, employé par des gens malintentionnés, pour indisponibiliser le prix de vente entre les mains de l'acheteur. Aussi, sur ce point la jurisprudence, s'inspirant des nécessités pratiques, a admis la compétence du juge des référés pour donner mainlevée des oppositions injustement formées.

A ce point de vue, on peut citer un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 24 décembre 1910 (1), dont nous reproduisons la partie essentielle : « Considérant que Boiteaux, se prétendant créancier de Bogey d'une somme de 3,000 fr. pour commission forfaitaire sur le prix de vente d'un fonds de commerce consentie par ledit Bogey à Marchand, a, en vertu de l'article 3

(1) Paris, 24 déc. 1910 ; S. et P., 1912, 2, 49.

et 4 de loi du 17 mars 1909, formé opposition entre les mains dudit Marchand, acquéreur de fonds ; considérant que Bogey a assigné Boiteaux devant le tribunal civil de la Seine, tenant l'audience des référés, afin d'être autorisé à toucher le prix de son fonds nonobstant l'opposition de Boiteaux ; considérant que la demande de Bogey a été accueillie par ordonnance du 23 avril 1910 ; considérant que, vu l'urgence, le juge des référés était compétent. . . . »

Dans une espèce voisine, le tribunal de Lyon, par un arrêt du 3 décembre 1909 (1), a reconnu la compétence du juge des référés pour apprécier si l'opposition pratiquée sur le prix de vente d'un fonds de commerce l'a été dans les conditions de forme prévues par la loi du 17 mars 1909.

On ne peut nier la nouveauté de pareilles décisions, mais on ne s'accorde pas toujours sur leur véritable portée. Faut-il y voir simplement une manifestation de la préoccupation de la jurisprudence de donner au principe de l'incompétence du juge des référés en matière commerciale un sens très restreint, ou même, allant plus loin, faut-il y voir une dérogation formelle à ce principe, et un retour, sous l'empire de certaines nécessités pratiques, à la solution traditionnelle longtemps abandonnée à la suite des termes catégoriques de l'arrêt de la Cour de Cassation de 1880 ?

(1) Lyon, 3 déc. 1909 ; Dalloz, 2, 23, 1911.

M. Tissier (1), avec une finesse d'analyse juridique un peu subtile à notre avis pour qu'on puisse y trouver la simple interprétation des raisons qui ont motivé l'arrêt précité de la Cour d'appel de Paris s'est efforcé de montrer qu'en reconnaissant au juge des référés le droit de donner main-levée d'une opposition, la Cour d'appel de Paris n'avait aucunement dérogé au principe de l'incompétence du juge des référés en matière commerciale. « L'opposition faite sur le prix du fonds de commerce », dit-il, « est le préliminaire d'une poursuite d'exécution. Le créancier veut se faire payer sur le prix de vente du fonds de son débiteur, il y a là une saisie-arrêt abrégée. Or, les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les difficultés d'exécution forcée. »

Reconnaître à l'opposition le caractère d'une poursuite d'exécution, n'est-ce pas par le fait même admettre que l'exemple ici étudié n'est qu'une des nombreuses applications du principe généralement admis par la jurisprudence, à savoir que le juge des référés est compétent pour connaître des difficultés relatives à l'exécution forcée même en matière commerciale ? Dès lors, il semble que le cas étudié dans cette seconde partie de notre chapitre aurait dû figurer dans la première.

Toutefois, cette assimilation de l'opposition à une

(1) V. S., 1912, 2, 49; note de M. Tissier.

saisie-arrêt simplifiée n'est pas admise par tous les auteurs, M. Garsonnet la conteste, en argumentant de ce qu'en matière d'opposition, l'autorisation du juge ni le caractère exigible de la créance ne sont obligatoires (1). Et cette observation se trouve corroborée dans le rapport que M. Cordelet adressait au Sénat, et dans lequel l'opposition est considérée comme un acte purement conservatoire : « L'opposition prévue dans le § 4 de l'art. 3 n'est qu'un acte purement conservatoire, qui ne peut pas, comme la saisie-arrêt, aboutir à un transport judiciaire. »

De plus, comme le remarque M. Tissier lui-même, on ne saurait appliquer à la vente des fonds de commerce les principes généraux qui régissent les affaires commerciales. La loi du 17 mars 1909, spéciale à la matière, a donné compétence au tribunal de commerce pour la procédure d'exécution forcée tendant à la vente d'un fonds de commerce, et qui dans le silence de la loi aurait été de la compétence des tribunaux ordinaires, et en cas d'urgence du juge des référés.

Y a-t-il lieu d'admettre que les art. 5, 15, 16, 18, 20, 23, qui substituent la compétence du tribunal de commerce à celle du juge ordinaire des difficultés d'exécution, ont un caractère limitatif, et que dans les autres cas il faille faire application des principes généraux ? Ou bien n'est-il pas préférable de voir dans

(1) Garsonnet et César Bru, t. IV, N° 308, 1^{er}.

la loi du 17 mars 1909 une réglementation complète et particulière de la vente des fonds de commerce, excluant l'application en cette matière des principes ordinaires de compétence, à cause des difficultés que rencontrerait un juge non commerçant à juger des contestations délicates, par suite des connaissances professionnelles qu'elles supposent ?

M. Bouvier-Bangillon (1) se range à cette dernière opinion, et il estime que dans les cas non explicitement prévus par la loi de 1909, il y a lieu de s'inspirer des dispositions exceptionnelles qu'elle édicte comme s'appliquant à la matière toute entière.

Sans prendre parti entre ces deux opinions, il faut reconnaître que celle de M. Tissier a l'avantage de concilier les dispositions de l'arrêt de la Cour de Paris avec le principe généralement admis par la jurisprudence de l'incompétence du juge des référés en matière commerciale ; mais faut-il conclure qu'elle soit l'exacte interprétation des motifs qui ont fait admettre à la Cour d'appel de Paris la compétence du juge des référés, pour donner mainlevée d'une opposition pratiquée sur le prix de vente d'un fonds de commerce ? Nous ne le croyons pas. Nous y voyons, au contraire, la justification ingénieuse, faite après coup, d'une décision judiciaire imposée par des nécessités pratiques, et qui dans l'esprit de ceux qui la

(1) *Lois nouvelles*, 1911, 4^e partie, p. 23.

rendirent, était une dérogation aux principes jusqu'alors admis par la jurisprudence.

On peut répondre que dans le silence des motifs toute supposition est permise, mais il nous semble que ce silence est assez expressif en lui-même, si on l'oppose à l'abondance explicative de certains arrêts qui préconisent une solution contraire. Nous lisons notamment dans un arrêt du 24 juillet 1911 (1) : « Considérant en effet que le président du tribunal civil est incompétent pour connaître en référé des difficultés urgentes ou d'exécution nées à l'occasion d'un litige qui rentre quant au fond dans la compétence des tribunaux de commerce ; que la plénitude de juridiction attribuée par la loi de 1838 aux tribunaux civils de première instance, ne pouvait être étendue en l'absence d'un texte formel au juge des référés, dont la juridiction exceptionnelle est délimitée par l'art. 806 C. pr. et ne peut s'exercer que sur les matières dont le principal appartient aux tribunaux ordinaires ; que cette incompétence est « *ratione materiæ* », et qu'il y a lieu d'y suppléer d'office dans le silence des parties. — Considérant que la loi du 17 mars 1909 est essentiellement commerciale, et que son article 3, dans le § 4, institue une procédure spéciale complète et expéditive, qui autorise sous certaines conditions les créanciers du précédent propriétaire

(1) 24 juillet 1911 ; D., 251, 1912.

à pratiquer des oppositions valables par simple acte extrajudiciaire pour conserver leur créance, sans se préoccuper de leur exigibilité, et les dispense des formalités de la saisie-arrêt ordinaire réglée par les art. 557 et s. C. pr. qui exigent, à peine de nullité, en l'absence de titre, la permission du juge. . . . »

Il est indéniable que cet arrêt n'est que la reproduction des principes généralement admis par la jurisprudence. Dès lors, comment admettre que la Cour d'appel de Paris, en face d'une solution tout au moins discutable puisqu'elle est celle de la jurisprudence, se soit bornée à cette justification laconique « considérant que vu l'urgence le juge des référés était compétent » d'un arrêt qui en lui-même est une innovation, si elle avait pu par une interprétation juridique quelconque en montrer la compatibilité avec le principe de l'incompétence du juge des référés en matière commerciale ? Si elle avait cru pouvoir le faire, elle se serait efforcée de montrer, par une analyse juridique des dispositions de la loi de 1909, que l'opposition ne faisait pas partie des contestations soumises par cette loi à l'appréciation des tribunaux de commerce.

Si elle ne l'a pas fait, c'est qu'elle a entendu déroger au principe communément admis de l'incompétence du juge des référés en matière commerciale.

De plus, comment ne pas être frappé de l'analogie de cette justification « considérant que vu l'urgence le juge des référés était compétent » avec les termes

mêmes de l'article 806 du Code de procédure, qui affirme dans tous les cas d'urgence la compétence du juge des référés ! Cet arrêt de 1909, par la généralité des motifs dont il s'inspire, déborderait donc singulièrement du cadre particulier où il est enfermé, et on pourrait y voir une orientation nouvelle de la jurisprudence, et un retour à la solution traditionnelle longtemps abandonnée à la suite des termes catégoriques de l'arrêt de la Cour de cassation de 1880. Il serait l'aboutissant d'un mouvement jurisprudentiel, qui, après avoir, comme nous avons pu en juger par les exemples précités, cherché dans une interprétation restrictive du principe de l'incompétence du juge des référés, un moyen d'accorder satisfaction à certaines nécessités pratiques, aurait fini par rejeter toute subtilité juridique et déroger formellement à une pratique trop longtemps suivie.

Mais si l'arrêt de la Cour de Paris était, dans l'esprit de ceux qui l'ont rendu, une dérogation au principe de l'incompétence du juge des référés en matière commerciale, il faut convenir que cet arrêt n'avait pas été rendu par un simple désir d'innovation, mais sous l'effet des nécessités pratiques. Du jour où la jurisprudence a trouvé dans une interprétation doctrinale ingénieuse un moyen de concilier ce qu'elle jugeait une audace nécessaire avec les principes généralement admis, elle a entendu revenir aux solutions traditionnelles.

C'est pourquoi, alors qu'au point de vue pratique, on aurait pu conclure *a fortiori* de la possibilité pour le juge des référés de donner main-levée d'une opposition, à la possibilité d'en limiter les effets, la jurisprudence, se rendant compte de la dissemblance de ces deux hypothèses au point de vue juridique, et de l'impossibilité de faire bénéficier la seconde de ces hypothèses de l'interprétation ingénieuse qui ôtait à la première son caractère dérogatoire aux principes généralement admis, a rejeté la compétence du juge des référés pour limiter les effets d'une opposition (1).

Toutefois, cette limitation des pouvoirs du juge des référés offrait de grands inconvénients pratiques, d'autant plus sensibles qu'en matière civile, la procédure de saisie-arrêt donnait au juge des référés dans des cas analogues l'occasion de montrer les heureux effets de ses pouvoirs.

Nous allons voir que le législateur, frappé par l'analogie des difficultés que soulève l'opposition et la saisie-arrêt a, dans une loi du 31 juillet 1913, généralisé le remède si heureusement trouvé en matière de saisie-arrêt dans la compétence du juge des référés.

Mais en dehors de son importance pratique, cette loi a pour nous un réel intérêt, en ce sens qu'elle est la première consécration législative, quoique très restreinte, de la compétence du juge des référés en matière commerciale.

(1) Paris, 31 mai 1913 ; — Pandectes, 2, 55, 194.

CHAPITRE V

CONSÉCRATION LÉGISLATIVE PARTIELLE DE LA COMPÉTENCE DU JUGE DES RÉFÉRÉS EN MATIÈRE COMMERCIALE

I. — Loi du 31 juillet 1913, modifiant l'article 3 de la loi du 17 mars 1909, relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce.

L'article 3 de la loi du 17 mars 1909, sur la vente et le nantissement des fonds de commerce, est modifié comme suit :

« Toute vente ou cession de fonds de commerce consentie même sous condition ou sous la forme d'un autre contrat, ainsi que toute mise en société ou toute attribution de fonds de commerce par partage ou licitation, sera, dans la quinzaine de sa date, publiée à la diligence de l'acquéreur, sous forme d'extrait ou d'avis, dans un journal d'annonces légales du ressort du tribunal de commerce où se trouve le fonds, ou, à défaut, dans un journal d'annonces légales de l'arrondissement. »

« L'extrait ou avis contiendra la date de l'acte, les noms, prénoms et domiciles de l'ancien et du nouveau propriétaire, la nature et le siège du fonds, l'indication du délai ci-après fixé pour les oppositions, et

une élection de domicile dans le ressort du tribunal. »

« La publication sera renouvelée du huitième au quinzième jour après la première insertion. »

« Dans les dix jours au plus tard après la seconde insertion, tout créancier du précédent propriétaire, que sa créance soit ou non exigible, pourra former au domicile élu, par simple acte extra-judiciaire, opposition au paiement du prix ; l'opposition, à peine de nullité, énoncera le chiffre et les causes de la créance, et contiendra une élection de domicile dans le ressort du tribunal de la situation du fonds. Le bailleur ne peut former opposition pour loyers en cours ou à échoir, et ce nonobstant toutes stipulations contraires. Aucun transport amiable ou judiciaire du prix, ou de portion du prix, ne sera opposable aux créanciers qui se seront ainsi fait connaître dans ce délai. »

« Au cas d'opposition au paiement du prix, le vendeur pourra, en tout état de cause, après l'expiration du délai de dix jours, se pourvoir en référé devant le président du tribunal civil, afin d'obtenir l'autorisation de toucher son prix malgré l'opposition, à la condition de verser à la Caisse des Dépôts et consignations ou aux mains d'un tiers commis à cet effet, somme suffisante, fixée par le juge des référés, pour répondre éventuellement des causes de l'opposition dans le cas où il se reconnaîtrait ou serait jugé débiteur. Le dépôt ainsi ordonné sera affecté spécialement aux mains du tiers détenteur, à la garantie des créances pour sûreté

desquelles l'opposition aura été faite, et privilège exclusif de tout autre leur sera attribué sur ledit dépôt, sans que toutefois il puisse en résulter transport judiciaire au profit de l'opposant ou des opposants en cause à l'égard des autres créanciers opposants du vendeur s'il en existe. A partir de l'exécution de l'ordonnance du référé, l'acquéreur sera déchargé et les effets de l'opposition seront transportés sur le tiers détenteur. »

« Le juge des référés n'accordera l'autorisation demandée que s'il lui est justifié par une déclaration formelle de l'acquéreur mis en cause, faite sous sa responsabilité personnelle, et dont il sera pris acte, qu'il n'existe pas d'autres créanciers opposants que ceux contre lesquels il est procédé. »

« L'acquéreur, en exécutant l'ordonnance, ne sera pas libéré de son prix à l'égard des autres créanciers opposants antérieurs à la dite ordonnance, s'il en existe ».

« Si l'opposition a été faite sans titre et sans cause, ou est nulle en la forme, et s'il n'y a pas instance engagée au principal, le vendeur pourra se pourvoir en référé devant le président du tribunal civil, à l'effet d'obtenir l'autorisation de toucher son prix malgré l'opposition ».

« L'acquéreur qui, sans avoir fait, dans les formes prescrites, les publications, ou, avant l'expiration du délai de dix jours, aura payé son vendeur, ne sera pas libéré à l'égard des tiers ».

Pour bien apprécier l'importance de cette loi, que nous avons publiée *in extenso* à cause des points de comparaison que nous aurons à y chercher, il est nécessaire de se demander si les dispositions qu'elle renferme sont des dispositions originales, ou si elles ne sont qu'une extension aux affaires commerciales des pouvoirs que la loi de 1907 accorde au juge des référés en matière de saisie-arrêt (1).

On aurait pu conclure de l'assimilation des termes saisie-arrêt et opposition faite par le législateur au titre même de la saisie-arrêt, et dans les articles 559, 560, 561, 562, 563, etc. (C. pr.) à une similitude de fond entre les procédures visées par la loi de 1907 et celle de 1913 ; mais un arrêt de la Cour de Paris, en date du 24 décembre 1910 (2), nous met en garde contre cette confusion : « Considérant que maintes dispositions législatives attribuent le nom d'opposition à des actes extrajudiciaires qu'on ne saurait assimiler à des saisies-arrêts, et qui n'ont de commun avec elle que la qualification sous laquelle on les distingue, que notamment « l'article 1944 (C. civ.) distingue nettement de la saisie-arrêt l'opposition faite entre les mains du dépositaire à la restitution de la chose déposée, et que c'est à coup sûr de cette dernière que se rapproche le plus l'opposition autorisée par la loi sur la vente et le nantissement des fonds de commerce ».

(1) Bouvier Bargillon ; *Lois nouvelles*, 1^{er} janv. 1914.

(2) Paris, 24 déc. 1910 ; S., 1912, 2, 49.

D'ailleurs, il est facile de se rendre compte, par une rapide comparaison des conditions auxquelles leur exercice est subordonné, que ces deux procédures diffèrent sensiblement au point de vue juridique.

On sait que pour saisir-arrêter une somme entre les mains d'un tiers, tout créancier, s'il ne possède pas un titre, doit solliciter une autorisation du président du tribunal. Or, aucune condition semblable n'est exigée pour une opposition considérée comme valable en dehors de toute question de forme, même faite par acte extrajudiciaire, du moment qu'elle est parvenue à la connaissance de l'intéressé. Il est vrai que plusieurs ordonnances de référé rendues par le président du tribunal civil de la Seine (1) ont étendu les exigences du Code de procédure, et donné main-levée d'oppositions faites sans titres ni permissions du juge en vertu de la loi du 17 mars 1909 ; mais ces ordonnances ont été infirmées.

De plus, pour faire une saisie-arrêt, il faut être titulaire d'une créance exigible, tandis que l'opposition n'est pas soumise à cette condition.

Les raisons de cette double différence nous sont nettement indiquées dans le rapport que M. Cordelet adressait au Sénat : « Il est certain » disait-il « que le législateur n'a pas cru devoir soumettre aux règles de la saisie-arrêt, qui ne peut être formée qu'en vertu

(1) Trib. Seine, Référé, 21 déc. 1909 ; *Journal La Loi*, 13 janv. 1910.

d'un titre ou d'une permission du juge, l'opposition que tout créancier du vendeur est autorisé à faire sur le prix du fonds de commerce par simple acte extrajudiciaire. Il a voulu à la fois tenir compte de la brièveté des délais d'opposition et épargner au créancier des frais inutiles (Ordonnance du juge ou enregistrement du titre, dénonciation de la saisie au débiteur saisi, avec assignation en validité dans la huitaine sous peine de nullité, contre dénonciation au tiers saisi dans le même délai), puisque l'opposition prévue au § 4 de l'art. 3 n'est qu'un acte purement conservatoire qui ne peut pas, comme la saisie-arrêt, aboutir à un transport judiciaire, inopposable d'ailleurs, aux termes du même paragraphe, aux créanciers ayant fait opposition dans le délai de dix jours ».

Toutefois, si on les envisage au point de vue de leurs résultats pratiques, il y a une certaine analogie entre l'opposition et la saisie-arrêt ; car toutes deux entraînent l'indisponibilité de la créance sur laquelle elles portent ; mais là s'arrête la ressemblance, et il est communément admis que le juge des référés peut, conformément à la loi de 1907, limiter les effets d'une saisie-arrêt, tandis que ce pouvoir lui est refusé quand il s'agit de l'opposition (1).

De cette rapide comparaison, on peut donc conclure

(1) Paris, 31 mai 1913 ; *Gaz. du Palais*, 1913, 2, 141.

que, ni dans ses conditions d'exercice, ni dans ses résultats pratiques, l'opposition n'équivaut à la saisie-arrêt. Il faut donc voir dans la loi de 1909 qui l'organise, non pas une transposition dans l'ordre commercial de certaines dispositions s'appliquant aux matières civiles et régies par la loi de 1907, mais bien une création originale, spécialement adaptée aux besoins et aux usages commerciaux.

Faut-il prétendre que la loi du 31 juillet 1913 n'a fait que préciser la nature de l'opposition en lui conservant son caractère spécial et différent de celui de la saisie-arrêt qu'elle avait dans la loi de 1909 ? On ne peut nier que le législateur, tout en conservant à l'opposition son caractère propre et sa nature juridique spéciale, n'ait été influencé par la procédure de saisie-arrêt. Partant de cette constatation que l'opposition, comme la saisie-arrêt, avait pour effet d'entraîner l'indisponibilité de la créance sur laquelle elle portait, et que la loi du 17 juillet 1907 avait remédié très heureusement aux inconvénients de la saisie-arrêt, il en a conclu que les inconvénients de l'opposition et de ses effets étant les mêmes, il fallait y appliquer le même remède, et dans la loi du 31 juillet 1913, il a édicté une véritable procédure de limitation.

A la limitation des effets de l'opposition, se rattache tout naturellement la disposition de l'alinéa suivant de l'art. 3 de la loi de 1909, introduit par la loi nouvelle.

« Si l'opposition a été faite sans titre et sans cause ou est nulle la forme, et s'il n'y a pas d'instance engagée au principal, le vendeur pourra se pourvoir en référé devant le président du tribunal civil, à l'effet d'obtenir l'autorisation de toucher son prix malgré l'opposition ». Or, comme le remarque judicieusement M. Bouviér Bargillon (1) la mainlevée peut être assez facilement considérée comme une limitation à l'extrême des effets de l'opposition ; qu'on suppose la partie du prix consignée de plus en plus petite, et la partie touchée par le vendeur de plus en plus grande, on arrive à la partie consignée égale à zéro, et à la partie touchée par le vendeur égale à la totalité du prix ; c'est-à-dire en définitive, à la mainlevée de l'opposition. On voit donc le lien qui existe entre la mainlevée et la limitation des effets de l'opposition ».

Mais, de ce que le législateur de 1913 a emprunté à la procédure de saisie-arrêt certaines dispositions pour les transposer dans celle de l'opposition, faut-il conclure que le caractère commercial de l'opposition en a été changé ? Rien ne permet une semblable affirmation, et on ne saurait conclure d'une certaine analogie dans les résultats à une analogie de caractère entre deux procédures qui restent si dissemblables sur bien des points.

Quoi qu'il en soit, comment ne pas voir dans la loi de 1913, donnant compétence au juge des référés

(1) *Lois nouvelles*, 1^{er} janvier 1914.

pour accorder mainlevée d'une opposition formée sans raison ou pour en limiter les effets, une dérogation au principe généralement admis par la jurisprudence de l'incompétence du juge des référés en matière commerciale ?

Le caractère dérogaire de cette loi nouvelle n'a pas échappé à ceux qui en furent les promoteurs, et c'est dans leurs rapports qu'on doit en chercher les raisons.

Si nous lisons le premier rapport que M. Bureau adressait à la Chambre des Députés, nous y trouvons ce passage très instructif : « Faut-il dire que nous nous heurtons à une jurisprudence qui refuse au juge des référés, magistrat civil, le pouvoir de statuer sur une mesure urgente lorsque le principal du débat ressortit à la juridiction commerciale ? La juridiction du référé reposant sur le même principe que celle du tribunal civil, il s'ensuit, dit-on, que dans tous les cas où le tribunal civil est incompétent pour connaître de la demande au principal, le président l'est également en référé quant aux mesures provisoires et urgentes qu'il y aurait lieu d'ordonner. . . . Mais s'il est bon de sauvegarder les principes en matière de procédure, les nécessités pratiques ne doivent pas non plus être perdues de vue. La juridiction des référés est toute indiquée pour solutionner les différends qui nous occupent. Elle se trouve, comme il convient, placée entre les mains de magistrats rompus à toutes les dif-

ficultés juridiques. Il n'en existe d'ailleurs pas de plus expéditive à laquelle, en l'état actuel de l'organisation judiciaire, il soit permis de recourir. »

Ici, aucun doute sur les intentions du législateur, il a prévu l'objection et il en a accepté les conséquences. Il a entendu consacrer, dans une de ses applications particulières jugée indispensable, le principe de la compétence du juge des référés en matière commerciale, et cela à l'encontre des principes généralement admis par la jurisprudence.

Mais il faut convenir que malgré son caractère d'indéniable utilité pratique, cette loi de 1913 n'est qu'un expédient destiné à remédier à la plus pressante des nécessités commerciales, et son insuffisance provient de ce qu'elle reste malgré tout une solution particulière. En dehors de ce qu'elle prévoit, on rencontre mille difficultés que la procédure commerciale, si abrégée soit-elle, est incapable de résoudre avec la rapidité qu'elles exigent. Dans combien de procès, par exemple, l'intervention du juge des référés serait nécessaire pour ordonner au provisoire une expertise, un état des lieux, une constatation, une mise sous séquestre, une restitution de titres, une suspension de travaux, etc...

Nous avons dans un premier chapitre indiqué cette nécessité pratique du référé en matière commerciale, comme procédure générale susceptible de recevoir, comme en matière civile, des applications de plus en

plus nombreuses à mesure que se compliquent les rapports sociaux.

Nous nous sommes également efforcés de démontrer qu'une initiative du législateur sur ce point ne constituerait même pas une audace, que son caractère impérieux aurait suffi pour justifier, mais qu'elle ne serait qu'un retour aux règles traditionnelles de l'ordonnance de 1685, et la fin d'une erreur judiciaire trop prolongée, qui consiste à faire réagir sur le provisoire les principes qui gouvernent le fonds du procès.

DEUXIÈME PARTIE

ATTRIBUTION DE COMPÉTENCE

Si, dans le domaine de la pratique, cette idée de l'extension du référé en matière commerciale ne rencontre pas toujours l'accueil favorable et presque unanime qu'elle trouve dans la doctrine, c'est qu'elle se complique, d'une autre question, à savoir : quel sera le juge compétent, du Tribunal civil ou du président du Tribunal de commerce ?

Point n'est besoin de rappeler ici les anciennes querelles de juridiction, qui mirent autrefois aux prises devant les parlements, les tribunaux civils et les tribunaux de commerce. Pour comprendre les difficultés que soulève une attribution de compétence, il suffit de constater que nous assistons ici à un nouvel épisode de cette querelle des juridictions : et pour porter un jugement exact sur la question qui nous occupe, il faut faire abstraction des partis-pris qu'elle n'a pu manquer de susciter et qui en compromettent l'examen impartial.

Le principal argument invoqué en faveur de la compétence du juge commercial, le seul à notre avis ayant une valeur juridique, s'appuie sur ce principe

de l'unité de juridiction, jugé indispensable par ceux qui l'invoquent, à une bonne et rapide administration de la justice. Or, dit-on, l'attribution au juge civil de la juridiction des référés introduit dans la conduite des procès une dualité préjudiciable à leur rapide solution.

Pour juger de la valeur d'un tel argument, il est nécessaire d'en vérifier l'exactitude à l'occasion de certains cas concrets qu'il semble avoir visé plus particulièrement.

L'exemple le plus souvent cité est celui de la saisie-arêt que Bertin analysait déjà de la façon suivante (1) : « Le président du tribunal de commerce a, conformément à l'article 172 du Code de commerce, autorisé sur requête une saisie conservatoire ; assignation en référé devant le président du tribunal civil ; ordonnance qui fait mainlevée de la saisie. La demande a dû être portée devant le tribunal de commerce, de sorte qu'une affaire qui débute au tribunal de commerce se continue au tribunal civil et revient au tribunal de commerce. Il est facile de voir que ces pérégrinations d'une juridiction à une autre sont peu favorables à la concordance si désirable entre les décisions judiciaires qui interviennent sur la même affaire. »

Dans son rapport, présenté sur la vente et le nan-

(1) Bertin, *Ordonn. de référé*, t. II, 14 et s.

tissement des fonds de commerce, M. Dufrène (1) envisageait une autre hypothèse assez voisine de celle qu'étudiait M. Bertin : « En pratique, le plus souvent », disait-il, « le débiteur qui veut retarder la réalisation de son fonds conclut ou à l'existence de la créance du poursuivant, ou à la nullité du nantissement qu'il lui a consenti ; c'est le tribunal de commerce qui peut seul statuer sur semblable contestation. »

« Or, si le tribunal civil est déjà saisi en référé d'une procédure intéressant la vente, il devra s'abstenir de juger et attendre la décision commerciale ; on arrivera ainsi à cette solution bâtarde d'un tribunal devant statuer sur le principal et d'un juge différent devant statuer sur l'incident. L'un aura à sa disposition des auxiliaires différents de ceux de l'autre ; les administrateurs au commerce ne seront pas les mêmes que les administrateurs au civil ; les séquestres civils ne se confondront pas avec les syndics commerciaux. On se trouve ainsi lancé dans une complication inouïe d'instances s'entrecroisant avec mandataires des parties différents, avec mandataires de justice différents. »

Le législateur, en adoptant dans la loi du 13 juillet 1913, la solution dont M. Dufrène faisait ressortir les inconvénients, a sans doute jugé qu'il s'exagérait la portée d'une intervention du juge civil des référés dans

(1) Rapport présenté par M. Dufrène sur la vente et le nantissement des fonds de commerce, adopté par la Chambre de Commerce de Paris le 8 mai 1907.

les affaires commerciales. En effet, dans ce cas comme dans celui qui précède, il faut remarquer que le juge des référés est appelé à connaître d'une question très spéciale, incidente à la question principale, et qui peut être envisagée isolément. La plupart du temps, il se contente de lever un obstacle de fait qui paralyse l'action du demandeur, ou d'atténuer la rigueur excessive de certains moyens judiciaires. En réalité, il n'y a pas, comme le déplore M. Bertin, une complication d'instances s'entrecroisant, mais il y a une instance unique se déroulant devant le tribunal commercial, sauf pouvoir pour le juge des référés de statuer sur quelques difficultés incidentes que l'on peut concevoir isolément.

D'ailleurs, on peut faire remarquer que le juge des référés, par le fait que ses décisions sont provisoires, se meut dans une sphère différente de celle du juge appelé à connaître du fonds du procès, et en conséquence ses ordonnances ne peuvent préjudicier au principal, dont la connaissance est réservée au juge commercial.

On argumente encore contre la compétence du juge civil des référés en matière commerciale, du fait que cette procédure exige le ministère de l'avoué, et devient ainsi une source de frais dont le législateur a manifesté son intention d'exempter les commerçants.

On peut répondre qu'en principe les parties peuvent se présenter elles-mêmes devant le juge des référés,

et si en pratique elles usent rarement de cette faculté, les frais occasionnés par un recours au ministère d'avoué se réduisent pour le demandeur à ceux d'une assignation et d'une vacation, pour le défendeur à ceux d'une simple vacation. On peut d'ailleurs constater que si, devant les tribunaux de commerce, les parties ne sont pas tenues de se faire représenter par un officier ministériel, elles ont presque toujours recours à un agréé ; de sorte qu'elles ne réaliseraient aucune économie du fait de l'attribution de compétence au juge commercial en matière de référé.

Enfin, on invoque la difficulté qu'il y a pour un juge non commerçant de connaître certaines difficultés d'ordre commercial ; et dans son rapport à la Chambre de commerce sur la vente et le nantissement des fonds de commerce, M. Dufrène donnait dans une espèce particulière une forme saisissante à cet argument qu'on peut, à la rigueur, généraliser : « Les juges consulaires », disait-il, « ont une compétence particulière en matière de fonds de commerce, la question leur est familière ; tandis que les magistrats de carrière sont étrangers à la pratique commerciale. Un juge consulaire arrivé au sommet de la hiérarchie comme le président du tribunal de commerce, ou le juge qu'il saurait choisir pour le remplacer, a acquis une expérience des choses du droit qui, s'ajoutant à une expérience personnelle de commerçant, en fait le juge le plus propre à solutionner de pareils incidents.

Il y a toute une série d'opérations que la science du droit pur est impuissante à mener à bien. « Il faut y joindre une connaissance intime des affaires commerciales, que le juge consulaire est seul à posséder. C'est, en somme, à cause de cette considération même que les tribunaux de commerce ont été institués. »

Il semble cependant excessif de prétendre avec M. Dufrêne, que les juges civils sont incapables de connaître des questions commerciales. Ceux-ci, en effet, sont appelés dans les villes où n'existe pas un tribunal de commerce, à remplir les fonctions de juges consulaires. Sont-ils nommés juges d'appel, ils doivent examiner les jugements des tribunaux de commerce, et les infirmer s'il y a lieu. Comment admettre que les questions commerciales leur sont étrangères, alors qu'il entre ou qu'il peut toujours entrer dans leurs fonctions d'en connaître journellement ? La plénitude de juridiction qui leur est reconnue n'implique-t-elle pas jusqu'à un certain point plénitude de compétence ?

Bien plus, en prenant la contre-partie de l'argument invoqué par M. Dufrêne, il est facile de se rendre compte que si les fonctions de juge civil comportent la connaissance des matières commerciales, celles de juge commercial ne comportent pas toujours la connaissance du droit. Si à Paris et dans quelques grandes villes, il est exact de prétendre qu'un « juge consulaire arrivé au sommet de la hiérarchie, comme

le président du tribunal de commerce, a acquis une expérience des choses du droit », n'est-il pas imprudent de généraliser cette règle ? Dans combien de villes de province, par exemple, ce sommet de la hiérarchie consulaire est occupé par des commerçants très au courant de la pratique commerciale, mais assez ignorants des principes juridiques ! Cette considération avait déjà impressionné les commentateurs anciens, et Loyseau (1), envisageant les inconvénients qu'il y aurait pour les juges commerciaux à connaître de l'exécution de leurs jugements, disait avec une franchise un peu crue et cette bonhomie parfois cruelle qui donne une saveur spéciale à tous ses écrits : « Il s'ensuivrait que des juges, non lettrés pour la plupart, auraient la connaissance d'infinies matières les plus difficiles de la justice ordinaire, étant même un chef-d'œuvre de justice de bien faire sur ce point. »

En corrigeant le début de cette formule, qui pouvait peut-être se justifier à l'époque où elle fut émise, et en lui ôtant ce qu'elle peut avoir aujourd'hui de désobligeant et d'inexact pour les juges consulaires, il semble qu'elle puisse s'appliquer d'une façon générale à la matière du référé.

On peut, en effet, être partisan de la juridiction commerciale et reconnaître aux juges consulaires une

(1) Loyseau, *Dés Offices*, t. I, ch. VI, N° 5.

compétence juridique suffisante pour trancher heureusement les contestations qui leur sont soumises, sans admettre leur compétence comme juges des référés.

Quiconque, en effet, a assisté à Paris à une de ces séances de référé, où une cinquantaine d'affaires sont expédiées en quelques heures, a pu se rendre compte de toute la présence d'esprit qu'il faut au juge exerçant cette délicate fonction, pour se prononcer presque instantanément sur des espèces les plus variées qui défilent devant lui comme dans une véritable revue juridique. Il n'a pas ici les loisirs d'une longue séance pour préparer sa décision. Il doit avoir présent à la mémoire tout l'ensemble de nos lois, et si l'on peut risquer cette métaphore, il doit être imbu de droit, de façon que n'importe quel cas lui étant soumis, la solution surgisse presque automatiquement dans son esprit. Le peu de temps dont il dispose l'oblige, en outre, à couper court catégoriquement à toute tentative déclamatoire des avocats, et souvent à préciser lui-même les arguments que quelque clerk d'avoué troublé lui présente sous une forme insuffisamment juridique.

La difficulté s'accroît souvent du fait qu'une contestation met aux prises trois ou quatre intéressés qui, soit ignorants des usages du palais, soit inquiets de ne pas avoir le temps de développer leurs arguments, s'interrompent et parlent ensemble.

Si en outre on tient compte du milieu agité et

presque fiévreux, composé de personnes impatientes de retourner à leurs affaires et qui trompent les loisirs d'une attente forcée en causant des points qui les occupent ; si l'on pense à la rumeur qui en résulte, et que l'huissier de séance aggrave de ses modulations incessantes et monotones « un peu de silence, mes chers maîtres », on comprendra tout ce qu'il faut au juge de puissance d'abstraction pour rester étranger à un pareil tumulte, de clarté juridique et de rapidité d'esprit, pour solutionner dans ces conditions toutes les contestations qui lui sont soumises.

En dehors même de ces difficultés, résultant de l'étendue des matières portées à la connaissance du juge et de cette atmosphère si spéciale d'une audience de référés, rien n'est plus délicat au point de vue juridique que de faire le départ entre les mesures provisoires et celles qui préjugent le fonds du procès. On admet aujourd'hui que, dans certains cas, une ordonnance de référé peut produire des effets définitifs. Comment concilier ces résultats avec le caractère provisoire qui est théoriquement l'essence juridique même du référé ?

L'urgence comporte également toute une série de variations sans ligne séparative très nette, et, pour en apprécier le degré, le juge des référés doit joindre au sentiment de la mesure et au souci des principes juridiques, un sens très éclairé des nécessités pratiques. Et sa mission est d'autant plus délicate, que dans les

six articles du Code de procédure civile consacrés à la matière du référé, le législateur s'est borné à poser quelques règles, dont l'insuffisance laisse une place très grande à l'interprétation et à l'appréciation personnelle du juge. Aussi peut-on dire avec Bazot « que la juridiction des référés est pour un juge une épreuve décisive, et qu'il est jugé au moment où il juge. »

Dès lors, comment admettre qu'un juge commercial, plus ou moins familiarisé avec les notions juridiques, et n'en ayant généralement qu'une connaissance partielle et expérimentale, puisse exercer cette juridiction des référés, à la fois la plus délicate et par sa rapidité même excluant toute hésitation et tout complément d'information juridique ?

A cette difficulté d'ordre théorique, s'en ajoute une autre d'ordre pratique résultant des conditions professionnelles. La fonction unique d'un magistrat civil est de rendre la justice et de se perfectionner dans la connaissance des lois. Son temps appartient pour ainsi dire au justiciable, et dans aucune autre matière cette dépendance ne s'accuse aussi étroitement que dans l'exercice de la juridiction du référé. A Paris, en particulier, il y consacre un ou deux jours par semaine, et en cas d'extrême urgence, il est susceptible d'être dérangé à chaque instant par un demandeur venu solliciter une ordonnance à son domicile particulier. Un juge commercial, au contraire, est avant tout un commerçant. Il est appelé à ce titre à se déplacer fré-

quemment pour ses affaires personnelles, et ce serait paralyser son activité commerciale et aggraver une charge bénévolement remplie et pour laquelle il n'est pas rétribué, que d'exiger sa mise constante à la disposition des justiciables commerçants. Sans doute, il faut reconnaître la générosité désintéressée des accents de M. Dufrène (1), quand il disait dans son rapport sur la vente et le nantissement des fonds de commerce : « Si le législateur croit utile d'organiser le référé en matière commerciale, les présidents des tribunaux de commerce et les dévoués magistrats qui les entourent ne reculeront devant l'accomplissement d'aucun devoir, et sauront s'il y a lieu présider des audiences de référé pour lesquelles leur situation les désigne tout naturellement. » Mais il n'en reste pas moins que si les juges commerciaux sont décidés à ne pas reculer devant l'accomplissement d'un devoir nouveau, ils éprouveront plus de difficultés à l'accomplir qu'un magistrat civil, et un acte de foi n'est peut-être pas la façon la plus sûre de solutionner une difficulté.

D'ailleurs, le cas envisagé par M. Dufrène était un cas précis et limité, et limité comme lui était le surcroît de charges qui devait en résulter pour le président du tribunal de commerce. Mais qui ne se rend compte

(1) Rapport présenté par M. Dufrène sur la vente et le nantissement des fonds de commerce, adopté et converti en délibération par la Chambre de Commerce de Paris, le 8 mai 1907.

qu'en multipliant les cas, et surtout en généralisant comme nous le proposons ici, l'application du référé à toutes les affaires commerciales urgentes, on soumettrait à une épreuve constante, et peut-être funeste, cet esprit de désintéressement auquel faisait allusion M. Dufresne, et qui semble une survivance héroïque des belles ardeurs passagères suscitées par les anciennes querelles de juridiction.

N'est-il pas remarquable d'ailleurs que le législateur ne se soit pas laissé influencer par ces accents, et qu'il ait même, au sujet du cas très spécial sur lequel son attention était attirée, adopté la solution opposée à celle que préconisait M. Dufrêne, en donnant compétence au président du tribunal civil pour statuer par référé sur la main-levée de certaines oppositions.

Les partisans de l'incompétence du juge civil pour les référés en matière commerciale pourraient, il est vrai, être tentés d'invoquer l'exemple de la Belgique qui, par la loi du 26 décembre 1891, a consacré la compétence du président du tribunal de commerce, concurremment à celle du président du tribunal civil, suivant la nature des affaires qui leur étaient soumises.

Quoique la statistique suivante des référés introduits au tribunal de commerce de Bruxelles (1) prouve jus-

(1) Renseignements fournis par M. le Président du Tribunal de Commerce de Bruxelles.

qu'à un certain point que la pratique s'est accommodée de cette innovation, on ne saurait en tirer argument en faveur de la compétence du juge commercial, et on ne peut qu'en conclure à la nécessité du référé en matière commerciale.

	Introductions.	Ordonnances.	Biffures.
1903.....	276	203	73
1904.....	244	197	47
1905.....	266	199	67
1906.....	298	213	84
1907.....	320	243	75
1908.....	346	268	75
1909.....	425	338	85
1910.....	364	265	86
1911.....	368	298	72
1912.....	396	335	59

Théoriquement et historiquement, cette solution s'explique par des raisons spéciales qui, de l'avis de ceux-là même qui les ont invoquées, n'impliquent pas dans notre législation française une solution analogue.

Si, comme nous l'avons déjà vu, le Code de commerce français est resté en vigueur en Belgique après sa séparation d'avec la Hollande, (Révolution de 1830), le fait même de cette séparation politique, par les divergences qu'elle entraîna dans l'état législatif des deux pays, eut une influence en Belgique sur les principes de juridiction.

Par réaction contre la suppression des tribunaux de commerce pour le royaume des Pays-Bas, l'art. 105 de la constitution belge porta qu'il y aurait des tribunaux de commerce, et il a sans doute paru nécessaire, pour que la juridiction consulaire ne fût pas étouffée à sa naissance par la juridiction ordinaire, d'interdire à celle-ci de s'immiscer dans les affaires attribuées à l'autre, et cela d'autant plus rigoureusement que la juridiction consulaire était très critiquée (1).

La loi de 1876 accusa encore la rigueur des principes de compétence, en faisant un départ sévère entre matières qui étaient de la compétence des tribunaux d'exception, et celles qui étaient de la compétence des tribunaux de première instance, à qui elle refusait la plénitude de juridiction. Cette loi avait été préparée par M. Allard qui, de l'avis de de Paepe (1), était « un jurisconsulte d'une logique impérieuse et d'un esprit déductif remarquable, mais que ces qualités supérieures portaient à dédaigner les difficultés de détail avec lesquelles, faute d'une longue pratique, il n'avait pas été suffisamment aux prises ».

Il est évident que cette conception séparative des deux juridictions au fond devait influencer sur celle des référés, en Belgique tout au moins, où les deux juridictions sont considérées généralement comme régies par les mêmes règles de compétence.

(1) Meyer, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, t. VIII, ch. XXVII; — Paris, t. V, p. 483, 498.

(2) De Paepe, p. 4; préface.

Toutefois, il est intéressant de constater combien la jurisprudence se montra réfractaire à ces principes, alors même qu'ils avaient reçu une consécration législative, et il y a lieu d'en tirer une conclusion en faveur de l'opportunité de la compétence du président du tribunal civil, même en matière de référés commerciaux. En effet, jusqu'en 1876, on peut dire que la jurisprudence s'applique à faire fléchir la rigueur de l'idée de la séparation des juridictions devant les nécessités pratiques. Elle interpréta les différentes dispositions législatives (art. 43 de la loi du 18 novembre 1862, en matière de warants ; — art. 5 de la loi du 5 mai 1872, en matière de gage ; — art. 412 de la loi du 18 mai 1873, en matière de Sociétés ; — art. 463 de la loi du 18 avril 1851, en matière de faillite) qui réservaient, même en cas d'urgence, la compétence du tribunal de commerce ou de son président, comme dictées par des préoccupations restrictives et un sentiment des difficultés qu'il y avait à accorder à un magistrat comme celui du tribunal de commerce, une compétence générale sur une matière aussi délicate que celle des référés. Aussi fut-elle presque unanime à consacrer par ses arrêts (1) la compétence du pré-

(1) Bruxelles, 14 févr. 1866 ; 1866, II, 95.
 Gand, 22 avril 1868 ; II, 289 ; 1868,
 Bruxelles, 11 juin 1889 ; *Belg. jud.*, 1889, p. 353.
 Liège, 31 mai 1873 ; — 1873, II, 338.
 Bruxelles, 13 mars 1844 ; — 1844, I, 164.
 Bruxelles, 3 déc. 1873 ; — 1874, II, 60.
 Bruxelles, 22 déc. 1873 ; — 1874, II, 61.

sident du tribunal civil, dans tous les cas qui n'avaient pas été prévus par une loi spéciale.

La loi de 1876 elle-même n'arrêta pas ce courant jurisprudentiel, et ce n'est qu'en 1887 qu'un arrêt du tribunal de Bruxelles, en date du 9 novembre (1), marqua le retour de la jurisprudence à la loi, sans éteindre d'ailleurs une controverse à laquelle mit fin un arrêt de la Cour de cassation du 23 octobre 1890, dont la loi du 26 décembre 1891 consacra définitivement le point de vue.

De cette controverse mouvementée, on retire cette impression que le législateur, s'autorisant de certains arrêts, s'est efforcé de renouer à coups de décisions législatives avec un principe traditionnel, à l'encontre du courant de la jurisprudence qui, mieux avertie des besoins de la pratique, admettait la compétence du juge civil statuant en référé, même en matière commerciale.

Aussi ne faut-il pas s'étonner que la loi de 1891, consacrant la thèse contraire, ait eu à surmonter une vive opposition pendant la période de discussion. M. Janson présenta même un amendement ainsi conçu : « Le président du tribunal civil sera compétent, quelle que soit la matière dont il aura à connaître ».

Pourquoi donc a-t-on fini par adopter la thèse contraire ? Il semble bien que ce soit par un souci de

(1) Bruxelles, 2 nov. 1887 ; *Belg. jud.*, 1888, p. 291.

simplification, et rien n'est plus caractéristique que les termes dans lesquels le Ministre de la Justice d'alors, M. Le Jeune, s'est exprimé devant la Chambre au sujet des difficultés que le projet de loi avait à résoudre. « De quoi s'agissait-il en somme ? De pourvoir à une nécessité urgente, en comblant une lacune dans nos lois de procédure. Tout se lie dans nos lois, et ne convenait-il pas de se borner à combler une lacune sans toucher au reste de l'édifice ? N'était-il pas préférable de laisser toutes choses dans l'état où elles sont, avec la dualité de compétence, avec les deux ordres de magistrats, avec les deux juridictions étrangères l'une à l'autre, et d'y adapter tout simplement l'innovation jugée nécessaire ? Ne valait-il pas mieux ne soulever à propos de cette innovation qu'une seule question : Y a-t-il lieu d'introduire dans la juridiction consulaire la procédure des référés ? — Je l'ai pensé, et c'est pourquoi le projet de loi se présente devant la Chambre dans les conditions modestes auxquelles je crois qu'il convient de s'en tenir. »

Ces paroles indiquent bien quelle était la chose essentielle et primordiale dans la nouvelle loi. C'était d'organiser la procédure des référés en matière commerciale. Quant à savoir la juridiction compétente, ce fut un point moins étudié, et par un souci de simplification, on semble avoir esquivé la question d'opportunité.

Donc, ni pratiquement (ce point de vue n'ayant pas

été envisagé par la loi de 1891, ni théoriquement (les principes de juridiction étant, de l'avis même des juristes belges (1), beaucoup plus rigoureux en Belgique qu'en France), l'exemple de la Belgique ne saurait être concluant en ce qui nous concerne. On pourrait même tirer un argument « *a contrario* » de l'état général de la jurisprudence belge avant la loi de 1876 : c'est que cette loi n'ayant pas son équivalent en France, la pratique antérieure consacrant dans tous les cas de référé la compétence du juge civil, devrait, si l'on s'autorise de l'exemple de la Belgique, continuer d'être suivie chez nous.

(1) De Paepe, VIII, préface ; *Etude sur la compétence civile*.

CONCLUSION

Dans la première partie de cette étude, nous avons vu que le législateur, dans sa loi du 31 juillet 1913, modifiant l'art. 3 de la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, avait dans un cas spécial, consacré la compétence du juge civil comme juge des référés en matière d'opposition. Il y a là un indice de la tendance nouvelle, et il suffirait au législateur de généraliser cette solution particulière, pour adapter aux besoins de la pratique commerciale une procédure rapide et simplifiée, encouragée dans son développement, retenue dans ses audaces, garantie dans ses applications judiciaires par la compétence éclairée d'un magistrat professionnel placé au sommet de la hiérarchie.

Cette tâche du législateur se trouve d'ailleurs simplifiée, du fait que le 25 octobre 1898, un projet de réforme du Code de procédure proposé par M. Sarrien, reproduisant, sur le point qui nous occupe, les dispositions d'un projet antérieur de MM. Brisson, Dupuy,

Dutemps, a été déposé sur le bureau de la Chambre des Députés. Mais ce projet est compris dans un ensemble, dont l'adoption entraînerait une refonte générale de toute notre procédure, et on comprend que le législateur soit impressionné par l'importance d'un remaniement général qui soulève de grosses difficultés. Ne conviendrait-il pas cependant d'extraire de cet ensemble, pour lui donner sa consécration législative, le projet d'extension du référé en matière commerciale, qui, lui, ne comporte aucune difficulté d'application et correspond si exactement aux besoins de la pratique ?

Cela serait d'autant plus facile que les dispositions visant le référé se trouvent groupées sous un même titre et forment un ensemble précis et indépendant, ne préjugant aucune autre question de procédure, comme on peut s'en rendre compte par cette simple reproduction, qui est la conclusion la plus appropriée de cette étude :

ART. I. — Dans tous les cas d'urgence en matière civile ou commerciale, ou lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement, il est procédé ainsi qu'il va être réglé ci-après.

ART. II. — La demande est portée à une audience tenue à cet effet par le président du tribunal civil, ou

par le juge qui le remplace, aux jour et heure indiqués par lui.

ART. III. — Dans les cas d'extrême urgence, le président peut permettre d'assigner, soit à l'audience, soit à son hôtel, à l'heure indiquée, même les jours de fête ; et dans ce cas l'assignation ne peut être donnée qu'en vertu de l'ordonnance du juge, qui commet un huissier à cet effet. Les jours fériés, le président peut autoriser l'assignation, même sur simple mémoire signé de la partie ; les droits de timbre et d'enregistrement du mémoire et de l'ordonnance sont perçus au moment de l'enregistrement de l'exploit d'assignation.

ART. IV. — Le demandeur a le droit d'assigner, soit devant le juge indiqué aux art. 1 et 8 du titre des ajournements, soit devant le juge du lieu fixé pour l'exécution de la convention, soit devant celui du lieu où l'obligation a pris naissance. Lorsque le référé a pour objet des difficultés relatives à l'exécution d'un titre ou d'un jugement, le juge compétent est toujours celui du lieu où l'exécution est poursuivie.

ART. V. — Les demandes de référé ne font aucun préjudice au principal ; elles sont exécutoires par provision sans caution, si le juge n'a pas ordonné qu'il en serait fourni une. Dans les cas d'absolue nécessité,

le juge peut ordonner l'exécution de son ordonnance sur la minute et même avant enregistrement.

ART. VI. — Les ordonnances ne sont pas susceptibles d'opposition. Le président peut ordonner que la partie défaillante sera assignée au jour qu'il indique.

Vu :

Le Président,
CARPENTIER.

Vu :

Le Doyen,
LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
POINCARÉ.

BIBLIOGRAPHIE

I. — Ouvrages spéciaux.

- Darnaud.** *De la juridiction des référés*, 1874.
Bazot. *Ordonnances sur requêtes et référés*, 1876.
Bertin. *Ordonnances de référé*, 1877.
Moreau. *Juridiction des référés*, 1890.
Curet. *Juridiction des référés*, 1907.
de Belleyme. *Ordonnances sur requêtes et référés*,
Bonjean. *Traité des ordonnances sur requêtes et référés*.
Gérard. *Référé sur placet*.
Mérignhac. *Ordonnances sur requêtes et référés*.
Chevalier. *Notes sur référés*.
Darnaud. *Juridiction des référés*.
Bilhard. *Traité des référés*.
Glasson. *Etude historique sur la coutume de haro*.
Toubeau. *Institutes de droit consulaire*.
Pigau. *La procédure civile du Châtelet de Paris*.

II. — Thèses.

- Arthus.** *Juridiction des référés*, 1893.
Deblock. *Juridiction des référés*, 1897.
Courivaud. *Principes de compétence et de procédure*, 1900.
Bideau. *Cas dans lesquels il y a lieu à référés*, 1903.
Bordier. *Référé en matière de saisie-arrêt*, 1911.
Frank. *Application de la procédure des référés en matière de divorce*, 1912.
Saussure. *Des voies de recours en matière d'ordonnances de référé*, 1912.
Oudinet. *De la compétence du juge des référés dans les matières qui ne relèvent pas de la compétence du tribunal civil*, 1912.
Parénty. *De l'extension de la procédure des référés sur placet*, 1913.
Fichot. *Pouvoirs du juge des référés au cours des poursuites d'exécution*, 1913.
Jolibois. *La réforme des référés sur placet et le projet Cruppi*, 1913.
Andrieu Delille. *Les tribunaux de commerce*, 1912.

III. — Ouvrages généraux.

- Garsonnet.** *Traité de procédure civile.*
Glasson. *Précis théorique et pratique de procédure civile.*
Chauveau sur Carré. *Lois de procédure civile et commerciale, t. VI.*
Bioche. *Dictionnaire de procédure.*
Boitard, Colmet d'Aage et Glasson. *Procédure civile.*
Boucenne. *Procédure civile, t. VI.*
Thomine Desmazes. *Commentaire sur le Code de pr. civ.*
Rodière. *Cours de compétence et de procédure en matière civile.*
Glasson et Tissier. *Précis théorique et pratique de procédure civile, 1908.*
Tissier. *Le centenaire du Code de procédure civile et les projets de réforme.*
Dubost. *Projet de loi sur la procédure.*
Morlin. *Répertoire de jurisprudence.*
Blondeau. *Essai sur quelques points de législation et de jurisprudence.*
Meyer. *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe. Livre VIII.*
Lyon-Caen et Renault. *Droit commercial. T. I et II.*
Teulet et Camberlain. *Journal des tribunaux de commerce, 1852-1913.*
Journal de jurisprudence commerciale et maritime de Marseille, 1891-1900.
Houyvet. *Les tribunaux de commerce, 1894.*
Camberlain. *Tribunaux de commerce, 1879.*
Zeys. *Revue pratique de droit français, T. XXXIV.*
Revue critique de législation et de jurisprudence.
Revue bibliographique de droit et de jurisprudence.
Revue critique de la jurisprudence civile.
Tissier. *Revue trimestrielle de droit civil, 1906.*

IV. — Recueils de jurisprudence.

- Dalloz.**
Sirey.
Gazette des tribunaux.
Gazette du Palais.
Le Droit.
Pandectes périodiques.
La Loi.
Journal des avoués.
Journal de la jurisprudence de la Cour d'appel d'Algér.
Journal des arrêts de la Cour d'appel de Bordeaux.
Journal du Palais.
Bulletin de la Chambre de commerce de Paris.
Pandectes belges.
Pasicrisie.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5
<i>Extension de la juridiction des référés par suite des nécessités pratiques.</i>	
<i>Modes d'extension.</i>	
a) Elargissement de la notion d'urgence. — Exemples.	
b) Cantonnement du sens du mot « provisoire ». — Exemples.	
PREMIÈRE PARTIE	
CHAPITRE I ^{er} . — <i>Nécessité pratique d'un référé en matière commerciale</i>	13
Les simplifications apportées à la procédure commerciale n'y suppléent pas.	
Vérification de cette affirmation à l'occasion des articles 425, 435 et 436 du Code de procédure.	
Art. 420 sur les facilités d'assignation.	
Art. 417 permettant d'assigner de jour à jour et d'heure à heure.	
Art. 418 permettant assignation sans ordonnance pour affaires maritimes.	
<i>Juges commissaires</i>	32
Leur institution correspond à des nécessités pratiques distinctes et le juge des référés ne saurait leur être substitué.	
Les décrets du 4 septembre et 16 juillet 1699 relatifs aux expertises de bestiaux rentrant au marché de la Villette et celui du 12 mars 1839 relatif à la vente des cuirs verts correspondant également à des cas particuliers auxquels l'art. 806 ne saurait être appliqué.	
<i>Saisie conservatoire de l'art. 417</i>	38
Son origine. — Ses limites. — Même ainsi limitée, elle est très rarement autorisée par suite de l'incertitude d'une information unilatérale.	
<i>Transport</i>	46
Art. 106, 305 et 306 du Code de commerce ne sont applicables qu'aux voituriers et aux capitaines de navires, non aux destinataires. — Leur insuffisance.	
APPENDICE. — <i>Importance spéciale du référé auprès du tribunal de la Seine et des moyens employés dans la pratique pour y suppléer en matière commerciale</i>	55

a) Pour solutionner les cas urgents. — Mise en délibéré immédiat. — Son institution. — Son fonctionnement. — Sa désuétude. — Son insuffisance.	
b) Pour décongestionner le rôle. — Renvoi devant juge unique. — N'est pas une garantie de rapidité. — Renvoi devant arbitres. — Ses inconvénients.	
CHAPITRE II. — <i>Possibilité exégétique d'un référé en matière commerciale</i>	63
Edit du 22 janvier 1685. — Généralité de ses termes. — Il s'appliquait à des matières commerciales.	
Décret du 30 mars 1808 n'y apporte aucune restriction.	
Aucune loi postérieure ne l'a abrogé ni limité dans ses applications.	
Argument tiré de la place donnée au chapitre des référés.	
CHAPITRE III. — <i>Possibilité juridique d'un référé en matière commerciale</i>	69
Le principe de la séparation des juridictions ne trouve pas ici son application.	
La juridiction des référés est une juridiction spéciale ne statuant qu'au provisoire et en cas d'urgence.	
Le pouvoir du juge des référés ne procède pas d'un démembrement des pouvoirs du tribunal.	
L'argument tiré de l'art. 60 du 30 mars 1808 n'infirme pas ce principe.	
CHAPITRE IV. — <i>Etat de la jurisprudence sur la compétence du juge des référés en matière commerciale</i>	74
A. — <i>Pour connaître des difficultés relatives à l'exécution des jugements</i>	76
Variations historiques. — Art. 442 (C. proc.) consacre incompétence des tribunaux de commerce. — Détermination de sa portée.	
Art. 354 (C. pr.) établissant en cas de célérité la compétence du tribunal du lieu de l'exécution, n'exclut pas l'application de l'art. 806 dans les cas d'urgence. — Limites de cette application.	
Dérogation particulière apportée par l'art. 18 de la loi du 17 mars 1909.	
B. — <i>Pour connaître d'une façon générale des litiges commerciaux en cas d'urgence</i>	85
Les deux thèses : celle de la compétence et celle de l'incompétence du juge des référés subsistent concurremment jusqu'en 1880.	
L'arrêt de la Cour de cassation du 1 ^{er} décembre 1880 consacre définitivement le principe de l'incompétence et tous les	

arrêts postérieurs s'en inspirent, contrairement à la thèse soutenue par la jurisprudence belge.

Notre jurisprudence est néanmoins divisée sur le point de savoir si cette incompétence est absolue ou relative. — Importance de cette distinction.

La thèse de l'incompétence relative avec son corollaire : validité du contrat judiciaire attributif de compétence au juge des référés, tend à prévaloir comme répondant aux nécessités pratiques.

Par ailleurs la jurisprudence interprète restrictivement le principe de l'incompétence et a même une tendance à y déroger. — Exemples : expertises, communication de pièces, oppositions sur le prix résultant de la vente d'un fonds de commerce.

CHAPITRE V. — *Consévation législative partielle de la compétence du juge des référés en matière commerciale*..... 112

Loi du 31 juillet 1913 modifiant l'art. 3 de la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce.

Comparaison de ses dispositions avec celles de la loi de 1907 en matière de saisie-arrêt. — Opposition prévue par la loi du 17 mars 1909 diffère de la saisie-arrêt.

a) Par sa nature juridique.

b) Par ses résultats pratiques.

La loi du 31 juillet 1913 n'en demeure pas moins la conservation d'une dérogation au principe admis par la jurisprudence de l'incompétence du juge des référés en matière commerciale.

DEUXIÈME PARTIE

Attribution de compétence.

I. *Arguments invoqués pour la compétence du juge commercial*. 123

a) Complication et entrecroisement d'instances résultant de l'intervention du juge civil. — Exemples. — Réfutation.

b) Frais résultant du ministère d'avoués. — Réfutation.

c) Difficultés pour un juge civil de connaître d'affaires commerciales. — Réfutation.

II. *Arguments invoqués pour la compétence du juge civil*..... 130

a) Théoriquement, la matière du référé est très délicate et suppose une connaissance précise et étendue du droit.

b) Pratiquement. — L'exercice du référé implique une mise presque constante du juge à la disposition des justi-

ciales ; or, le juge commercial est avant tout un commerçant occupé de ses affaires et obligé à des déplacements fréquents.	
III. <i>Exemple de la Belgique.</i> — N'infirmes pas notre thèse.....	134
a) Pas concluant théoriquement. — Principe de séparation des juridictions plus rigoureux en Belgique qu'en France. — Raisons historiques. — Importance de la loi de 1876.	
b) Pas concluant pratiquement. — Jurisprudence mieux avertie des besoins de la pratique consacre d'une façon générale jusqu'en 1890 la compétence du juge civil.	
Loi de 1891 consacrant la thèse opposée a esquivé la question d'opportunité par souci de simplification.	
CONCLUSION	141
Dispositions du projet de loi de M. Sarrien du 25 octobre 1898 établissant le référé dans les affaires commerciales et en confiant l'exercice au juge civil.	142
BIBLIOGRAPHIE.....	145
TABLE DES MATIÈRES	147



